

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Acumulación de tiempo de servicios y deber de aprovisionamiento de los empleadores

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

Esta Corporación ha insistido en que la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo. En esa medida, ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante. Así, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), la composición del núcleo familiar (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado de salud (condición de discapacidad, padecimiento de enfermedades importantes), las condiciones socioculturales (grado de formación escolar y potencial conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer) y las circunstancias económicas (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico, calidad de desempleo) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos de las personas de la tercera edad

En el caso de los adultos mayores o personas de la tercera edad, se sostiene que no resulta proporcional someterlos a un proceso ordinario cuya decisión se difiere en el tiempo y, por tanto, sería prolongar la incertidumbre acerca del derecho fundamental que se busca proteger, tornándose el recurso de amparo en ese evento como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz”.

SISTEMA PENSIONAL EN COLOMBIA-Evolución

SEGURO SOCIAL-Creación y funcionamiento

PENSION DE VEJEZ-Naturaleza y finalidad

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.

REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100/93-Reiteración de jurisprudencia

REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993-Requisitos

PENSION DE VEJEZ-Requisitos

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL-Aplicación

PENSION DE VEJEZ Y REGIMEN DE TRANSICION-Aplicación del Acuerdo 049/90/PENSION DE VEJEZ-No exige cotizaciones efectuadas de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales según Decreto 758/90

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS TANTO EN EL SECTOR PRIVADO COMO EN EL SECTOR PUBLICO-Válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS TANTO EN EL SECTOR PRIVADO COMO EN EL SECTOR PUBLICO-Posibilidad de acumular tiempo laborado en entidades públicas respecto de las cuales el empleador no efectuó las cotizaciones a alguna caja o fondo de previsión social, con las aportadas al ISS

DEBER LEGAL DE APROVISIONAMIENTO-Jurisprudencia constitucional/DEBER LEGAL DE

APROVISIONAMIENTO-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MINIMO VITAL-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez al accionante, conforme con el régimen ordinario contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993

Referencia: Expediente T-5.915.200

Acción de tutela instaurada por Luis Arturo Noriega Valencia contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

Magistrado Ponente (e):

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Bogotá, D.C., treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Ignacio Arrieta Gómez (e), Alberto Rojas Ríos e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e), quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos el 3 de octubre de 2016 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y el 16 de noviembre de 2016 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela interpuesta en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Arturo Noriega Valencia¹ el 29 de septiembre de 2016 interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la

vida digna. Para fundamentar la acción relató los siguientes:

1. Hechos.

Aseveró haber laborado al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora- entre el 18 de marzo de 1969 y el 30 de junio de 1973, como Asistente Agrotecnia 9C., mediante contrato de trabajo a término indefinido. Aseguró que fue afiliado al fondo de pensiones de esa entidad, no obstante, al liquidarse³ la misma esta no realizó el traslado de aportes obrero-patronales de pensiones al Seguro Social –hoy Colpensiones-, equivalentes a 220.68 semanas “aproximadamente”.

Igualmente, manifestó que entre el 23 de abril de 1973 y el 22 de abril de 1979, prestó sus servicios a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, la cual no lo afilió al fondo de pensiones y, por tanto, no canceló los aportes pensionales equivalentes a 309 semanas.

Expresó que es beneficiario del régimen de transición y, por tanto, de la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990 “Por el cual se aprueba el Acuerdo núm. 049 de febrero 1 de 1990”, por haber cotizado 500 semanas dentro de los 20 años anteriores a la fecha de la edad de retiro y haber cumplido los 60 años el 18 de noviembre de 2001.

Afirmó que en el reporte de Colpensiones cuenta con 754.14 semanas cotizadas, una parte, por la Comercializadora WHA para la cual laboró entre el 2001 y el 2006, y la otra, por el mismo como independiente (entre 2007 y 2016). Señaló que si se suman las semanas mencionadas con las 530 que dejaron de cotizar sus empleadores, daría un total de 1284 semanas, que lo harían merecedor a la pensión de vejez.

Indicó que tiene 75 años de edad⁴, no cuenta con ingresos que le permitan sufragar sus gastos y los de su esposa y, además, presenta enfermedad coronaria, hipertensión arterial y arritmia cardiaca; por tanto, estimó que la acción de tutela es el medio eficaz para obtener que las entidades accionadas cancelen las cotizaciones y se le otorgue la pensión de vejez (fl. 4 cuaderno 1^a. instancia).

2. Trámite procesal.

El 3 de octubre de 2016, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, admitió la acción de tutela y ordenó notificar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, para que ejercieran el derecho de defensa.

3. Respuestas de las entidades accionadas.

3.1. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural señaló que mediante Decreto 1292 de 2003, el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación del Incora, distribuyendo los asuntos entre diferentes entidades de acuerdo con la especialidad. A esa cartera le correspondió el archivo de historias laborales y “la representación, control y seguimiento de los procesos judiciales, en los cuales era parte el INCORA Liquidado, así como la atención de reclamaciones formuladas en relación y dentro de los citados procesos” (fl., 76 vto. c. 1ª).

De otro lado, luego de realizar un recuento de la normatividad relacionada con la supresión y asignación de funciones a otras entidades, destacó que mediante el Decreto 2796 de 2013, el Gobierno Nacional “trasfirió la función pensional del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA, del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, trámite que se concretó a partir del 30 de noviembre de 2013” (fl. 77 c. 1ª).

En ese orden de ideas, afirmó que por el tiempo laborado por el actor “no procede pago de aportes o cotizaciones; lo que sí procede es el reconocimiento de cuota parte pensional o bono pensional el cual corresponde asumir a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP u Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a solicitud de la entidad pensionante (Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES)” (f. 77 vto. c. 1ª).

En suma, solicitó desvincular a la entidad porque no se encuentra legitimada por pasiva para responder a las pretensiones del accionante.

3.2. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia afirmó que la acción de tutela es improcedente puesto que el actor tiene a su disposición otro medio de defensa ordinario y no

demonstró que se hallara en alguna situación grave para su vida. Además, indicó que la afiliación del accionante se sometió al reglamento del Instituto de Seguros Sociales, el cual inició cobertura en las ciudades y poblaciones de manera gradual a partir del 1º de enero de 1967 y en el municipio de San Bernardo sólo se inició a partir del 1º de abril de 1994.

Manifestó que se tuviera en cuenta que el actor laboró en el citado municipio entre el 23 de abril de 1973 y el 22 de abril de 1979, “localidad en la cual (sic) no se encontraba dentro de la cobertura que ofrecía el Seguro Social, respecto al riesgo de pensión, razón por la cual mi representada no pudo afiliar al accionante, por cuanto en este (sic) municipio no fue convocado por el ISS para inscripción y así como tampoco se efectuó descuento alguno al señor Luis Arturo Noriega Valencia, situación fáctica que nos permite concluir que nunca existió error u omisión por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y por lo tanto es claro que en este evento, no se presenta vulneración alguna de derechos” (fl. 104 c. 1ª).

4. Decisiones objeto de revisión.

4.1. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 6 de octubre de 2016, declaró improcedente el amparo, al considerar que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y, en ese sentido, el actor tiene otra herramienta para hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria. Además, estimó que el accionante tampoco ha realizado solicitud alguna a las entidades accionadas, “es decir, que no se ha tenido un grado mínimo de diligencia para salvaguarda de los derechos invocados, lo que de contera hace presumir que no se ha visto afectado su mínimo vital” (fl. 43 c. 1ª).

Señaló que, como mecanismo transitorio, la acción de tutela precisa que se demuestre la consumación de un perjuicio irremediable, para lo cual debe analizarse cada caso en particular. En este evento, afirmó que si bien se encuentra acreditado que el actor tiene 74 años de edad y problemas de salud, no se demostró que hubiese realizado solicitud a las accionadas, ni se estableció cuál era su composición familiar, ni su situación económica.

Esta decisión fue impugnada por la apoderada del actor, quien solicitó la revocatoria de la sentencia, al considerar que el a quo no revisó detenidamente la acción de tutela, ni los medios de prueba aportados, de los cuales se infiere que su poderdante es una persona de la tercera edad con problemas de salud y no cuenta con pensión alguna que le permita su

subsistencia y la de su cónyuge.

4.2. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 16 de noviembre de 2016, confirmó la sentencia de primera instancia, bajo similares consideraciones, esto es, por tratarse de una acción que se caracteriza por ser subsidiaria.

De otro lado, indicó que si bien el accionante cuenta con 74 años de edad y padece de hipertensión arterial, arritmia cardíaca con marcapaso y, por lo mismo, requiere de protección, ello no habilita el “amparo como mecanismo transitorio, toda vez que la ley establece el procedimiento ordinario para dirimir los conflictos suscitados en razón al reconocimiento de una pensión de vejez, máxime que se evidenció que existen trámites en cabeza del actor que él no ha gestionado y sin los cuales, no se puede adelantar regularmente los procedimientos, como lo es pedir a la administradora de pensiones el reconocimiento y pago de la pensión que por esta sede excepcional reclama, lo que necesariamente involucrara (sic) lo relacionado con las cuotas pensionales que por esta vía se cuestionan” (fls. 5 vto. y 6 c. 2ª).

5. Pruebas.

5.1. Alegadas por el accionante.

5.1.1. Registro Civil de nacimiento del señor Luis Arturo Noriega Valencia (Fls. 5 vto. y 6 del cuaderno de segunda instancia).

5.1.2. Fotocopia de la cédula de ciudadanía núm. 2.162.445 a nombre del actor (Fl. 22).

5.1.3. Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por Colpensiones (Fls. 23 a 25).

5.1.4. Certificación del Gerente Nacional de Nómina de Pensionados de Colpensiones (Fl. 26. constancia que el actor no percibe pensión).

5.1.5. Historia Clínica expedida por Nuestra IPS a nombre del accionante (Fls. 27 a 37).

5.1.6. Copia de contrato de trabajo a término indefinido, celebrado ente la Federación Nacional de Cafeteros y el señor Luis Arturo Noriega Valencia, datado del 23 de abril de 1973

(Fls. 38 a 39).

5.1.7. Certificado de Bonificaciones Fondo de Ahorros, expedida por el Comité de Cafeteros de Cundinamarca a nombre del actor (fl. 40).

5.1.8. Copia de escrito enviado por el Director Administrativo y Financiero de la Federación Nacional de Cafeteros al accionante, en el cual le hace saber que su relación laboral va hasta el 22 de abril de 1979 (Fl. 41).

5.1.9. Constancia del Coordinador de Servicios del Comité Departamental de Cafeteros de Cundinamarca sobre el tiempo de servicio del señor Noriega Valencia (fl. 42).

5.1.10. Copia de escrito del 15 de enero de 1989, firmado por el Jefe de División de Personal del INCORA dirigido al señor Noriega Valencia relacionado con su vinculación a esa entidad (Fl. 43).

5.1.11. Certificado sobre tiempo de servicio del actor en el INCORA (Fl. 45).

5.1.12. Constancia del Gerente liquidador del INCORA a nombre del accionante, sobre tiempo de servicio y salario devengado (Fls. 46 a 48).

5.1.13. Un Cd contentivo de historia clínica del actor (Fl.49).

5.2. Aportadas por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

5.2.1. Certificado de cámara de comercio (Fls. 108 a 115).

5.2.2. Copia de la comunicación 2006-07664 del Seguro Social en el cual informa que el municipio de San Bernardo (Cundinamarca), entre otros, fue llamado a inscripción obligatoria a partir del 1° de abril de 1994 (Fl. 116).

5.2.3. Copia de oficio PGH12C14449 del 13 de noviembre de 2012, dirigido al actor por parte del Director de Gestión Humana de la Federación Cundinamarca, en el cual le informa que “no procede reconocimiento o pago de derecho pensional alguno a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros” (Fls. 117 a 119).

5.2.4. Copia de escrito PGH15CO4257 del 14 de abril de 2015 del Director de Gestión Humana de la Federación dirigido al doctor Luis Carlos Avellaneda Tarazona -apoderado para ese momento del ahora accionante-, informándole que no es posible pagar a Colpensiones el valor de los aportes pensionales por las razones dadas en la comunicación anterior -PGH12C14449- (Fl. 120).

II. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

1. Seleccionada la acción de tutela en Sala del 14 de diciembre de 2016 y asignada a este despacho, mediante auto del trece (13) de febrero de dos mil diecisiete (2017), con fundamento en los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, que prevén la notificación de todas las actuaciones surtidas dentro del amparo a las partes e intervinientes y, en el artículo 140-95 del Código de Procedimiento Civil⁶ – hoy Código General del Proceso artículo 133-87, se ordenó vincular al trámite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP u Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de garantizarles el derecho de defensa. Así mismo, se dispuso notificar en legal forma la acción de tutela a Colpensiones, toda vez que en la primera instancia se dio la orden de vincular, pero no se le enviaron las comunicaciones respectivas.

2. De otro lado, conforme con el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte), que faculta a esta Corporación para arrimar elementos de convicción en sede de revisión, se decretaron las siguientes pruebas:

2.1. Se solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, informara si el señor Luis Arturo Noriega Valencia había solicitado alguna pensión y, de ser cierto, se indicará cuándo y cuál fue su respuesta, acompañando los soportes de la misma. De otro lado, se le pidió que informara si la señora Margarita Rey Sabogal se encontraba pensionada.

2.2. Se ofició al actor para que expusiera cómo se encontraba conformada su familia, con quien vivía, cuáles eran sus ingresos y si su cónyuge Margarita Rey Sabogal se encontraba pensionada o percibía alguna asignación. Igualmente, informara si tenía vivienda propia o arrendada, de ser lo último, manifestara cuánto pagaba y quién era el arrendador.

2.3. Se ofició a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, para que informara si el señor Luis Arturo Noriega Valencia y la señora Margarita Rey Sabogal, se encontraban inscritos como propietarios de algún bien inmueble.

2.4. Se pidió a Colfondos que informara si el señor Luis Arturo Noriega Valencia y la señora Margarita Rey Sabogal, se encontraban pensionados por alguno de los fondos.

2.5. Se solicitó a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia que informara si se ha realizado aprovisionamiento alguno con destino a cubrir las pensiones de los extrabajadores que estuvieron a su servicio en los sitios donde el Seguro Social no tenía cobertura.

3. En respuesta a las anteriores solicitudes, se allegaron las siguientes pruebas relevantes:

3.1. Oficio 004788 del 20 de febrero de 2017, suscrito por la Asesora del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del cual solicitó se declare la improcedencia de la acción, puesto que el actor no hizo reclamación alguna a la entidad o a Colpensiones. Adujo: “No hay en el presente caso atisbo alguno de conflicto pues para que este se produzca debe estar clara la contención entre la parte que reclama y la parte que niega, para el caso, el derecho pensional” (fl.29 cuaderno de revisión).

En torno al pago de las pensiones reconocidas por el Incora, señaló que el Decreto 1292 de 2003 las puso a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional -FOPEP-. Agregó que esta norma, junto con el Decreto-Ley 254 de 2000, “dio lugar no sólo a que se aprobara el cálculo actuarial del pasivo pensional del Incora por este Ministerio, sino a desplazar la función pensional que dejó la entidad liquidada hacia el binomio Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social y el Fopep en materia de pensiones y la emisión de los bonos pensionales a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

Aseveró que revisada la información de ese Ministerio como de la Oficina de Bonos Pensionales correspondiente al ID 2.162.445, concluye que (i) el ID en cita “hace parte del cálculo actuarial aprobado del extinto Incora como también aparece registrado en el sistema de la OBP como afiliado Actual a Colpensiones”, sin embargo, a la fecha no aparece reclamación a través del sistema de bonos pensionales.

3.2. La apoderada judicial de Colfondos, en escrito 09690 del 16 de febrero de 2017, informó que el señor Luis Arturo Noriega Valencia y su cónyuge Margarita Rey Sabogal, “no registran afiliación a ninguno de los productos de la Administradora Colfondos, a saber cesantías, pensión obligatoria o pensión voluntaria, tampoco figuran como pensionados de esta Administradora” (fl. 36 c. de rev.).

3.3. El Subdirector Jurídico Pensional de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, solicitó su desvinculación del trámite de la acción por falta de legitimación en la causa por pasiva, porque no es el competente para atender la petición del accionante.

Advirtió que esa entidad no tiene el expediente pensional del señor Noriega Valencia, ni solicitud alguna. De otro lado, expuso que según la página de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el actor realizó sus últimas cotizaciones, como independiente a Colpensiones, por tanto, es la entidad responsable de la posible prestación pensional.

Agregó que no puede concurrir al pago o emisión del bono, porque al señor Luis Arturo Noriega Valencia “jamás se le efectuaron descuentos dirigidos a una caja existente en el momento, llámese CAJANAL o ISS, por el contrario el empleador retuvo dichas cotizaciones, siendo entonces competente frente a este tópico el Ministerio de Hacienda por intermedio de su oficina de Bonos Pensionales, por cuanto por dichos tiempos y cotizaciones se hará cargo la NACIÓN” (fls. 49 a 51 c. rev.).

3.4. El señor Luis Arturo Noriega Valencia, en escrito del 19 de febrero de 2017, informó que actualmente vive con su cónyuge. Indicó que no se encuentra pensionado, no percibe ingresos, vive en un inmueble heredado por su esposa, quien, además, es la que aporta los recursos para su subsistencia. Aseguró que tiene 3 hijos, los cuales tienen sus propias obligaciones, ya que son casados y con hijos (fls. 32 a 34 c. rev.).

3.5. La Superintendencia de Notariado y Registro de Bogotá, mediante oficio SNR2017EE004177 del 16 de febrero del presente año, informó que el señor Luis Arturo Noriega Valencia no aparece registrado con bienes inmuebles a su nombre, aunque sí la señora Margarita Rey Sabogal fl. 64 c. rev.).

3.6. La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en escrito del 9 de marzo del presente año aseveró que la entidad en sus 90 años de existencia jamás dejó de afiliarse a sus trabajadores al sistema de seguridad social en pensiones, por tanto, no ha generado obligaciones de pagar cálculos o reservas actuariales ni títulos pensionales, ya que la imposibilidad de afiliación fue por la falta de cobertura del Seguro Social en todo el territorio nacional, dado que lo asumió a partir del 1º de enero de 1967. Igualmente, señaló que la Federación sólo reconocía pensiones a quienes se cumplían requisitos estando al servicio de la misma. De igual modo, precisó que los bonos pensionales se crearon para dar viabilidad a los traslados entre regímenes, por lo que la Federación, según la Ley 100 de 1993, no está encargada de pagar pensiones, las cuales son del resorte de Colpensiones, quien subrogó los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

De otra parte, afirmó que en vigencia del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, no se estableció carga alguna para los empleadores de realizar provisiones o reservas pensionales para la totalidad de trabajadores vinculados y menos para los que se retiraron antes de hacerse merecedores a la prestación.

En ese orden y luego de hacer referencia a las distintas posiciones de la Corte, consideró que el precedente aplicable obligatorio era el fijado en la sentencia C-506 de 2001, que mantuvo el requisito de la vigencia del contrato al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, para efectos de la acumulación de tiempos de servicios y, por supuesto, que el deber de aprovisionamiento hacia futuro solo surgió a partir de la mencionada ley. Aseveró que el traslado de aportes que se pide “es una suma punitiva que involucra una sanción producto de un incumplimiento legal, lo cual es inconstitucional pues no había obligación y por tanto, no había incumplimiento de ninguna norma”.

Por todo lo anterior, solicitó como primera medida aplicar el precedente constitucional de la sentencia C-506 de 2001; de manera subsidiaria, “en caso que, se pretenda para un caso concreto inaplicar la disposición de la Ley 100 y la interpretación que de ella efectuó este Tribunal, se deberán tener en cuenta los criterios establecidos en las sentencias de tutela más recientes en la materia (T-435/14 y T-543/15), lo anterior a efectos de no vulnerar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los empleadores que no estando obligados se ven constreñidos a cumplir judicialmente con una norma aplicada de manera retroactiva, en contravía de una disposición legal, de la ratio decidendi de una sentencia de

constitucionalidad y del principio de coherencia interna o jurisprudencial” (fl.7 c. rev.).

3.7. Colpensiones, por intermedio de su Directora de Procesos Judiciales, en escrito del 21 de marzo del año que discurre, solicitó se declare improcedente la acción de tutela, puesto que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, en la medida que el actor “no ha solicitado ante esta Administradora reconocimiento pensional alguno, siendo así que no ha iniciado en debida forma las actuaciones administrativas establecidas en el artículo 4 de la Ley 1437 de 2011” (fls. 92 c. rev.).

Aunado a lo anterior, indicó que el accionante no tiene derecho a acumular tiempos de servicios, porque al momento de entrar en vigencia la Ley de Seguridad Social Integral no tenía contrato vigente con la empresa, requisito establecido en el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue declarado exequible por la sentencia C-506 de 2001 y tampoco el patrono estaba obligado a aprovisionar los recursos, ya que esa carga solo surgió con la normatividad mencionada.

De otro lado, indicó que en este caso no procede la protección transitoria para evitar perjuicio irremediable, puesto que el señor Noriega Valencia, según su historia laboral, “es posible evidenciar que el salario sobre el cual cotiza en la actualidad como trabajador independiente es superior a un salario mínimo legal mensual vigente”, es decir, que su mínimo vital no se encuentra afectado.

Al informe adjuntó el reporte de semanas cotizadas en pensiones a nombre del actor, del cual se infiere que éste tiene a su favor 779,86 semanas cotizadas, las cuales fueron pagadas en el período comprendido entre octubre de 2001 y diciembre de 2006 por la Comercializadora WHAY LTDA y, a partir de enero de 2007 hasta febrero de 2017, por el accionante como trabajador independiente.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

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

de 1991.

2. Presentación del caso y del problema jurídico

En esos términos, solicitó se ordenara al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que igualmente fue vinculado a este asunto, y a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, pagar los aportes de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, así como a Colpensiones, para que una vez recibidos los aportes, proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez, a la cual aduce tener derecho, conforme con lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

2.2. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones de instancia, corresponde a la Sala Sexta de Revisión determinar (i) si la presente acción de tutela es formalmente procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados. En ese sentido, la Corte deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para estudiar la protección constitucional solicitada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. De encontrar procedente la acción, la Sala deberá establecer (ii) si en el asunto sub júdice procede la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de derechos pensionales en favor del señor Luis Arturo Noriega Valencia. Si la Sala encuentra que la acción de amparo resulta procedente, pasará a determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales del actor, por haber omitido el deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez, bajo el pretexto que para la época en que el trabajador prestó sus servicios no estaban obligados a cotizar para dicha prestación.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte examinará previamente los siguientes temas: (i) la procedencia de la tutela para reconocer pensiones; (ii) la evolución del sistema pensional en Colombia; (iii) la creación y funcionamiento del Seguro Social; (iv) el Régimen de Transición en la Ley 100 de 1993; (v) el reconocimiento de la pensión de vejez conforme con el Decreto 758 de 1990; y (vi) el deber de aprovisionamiento de acuerdo a la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Una vez precisados estos aspectos, vii) abordará el estudio del caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para reconocimiento de pensiones.

3.1. La acción de tutela fue concebida como un dispositivo al servicio de los ciudadanos para proteger sus derechos fundamentales de la acción u omisión de las autoridades públicas o entidades privadas. La jurisprudencia constitucional de manera uniforme ha señalado que la tutela no procede para disponer el reconocimiento y pago de acreencias laborales, verbi gratia pensiones, ya que para ello existen medios de defensa ordinarios que deben agotarse antes de acudir a la acción tuitiva⁸.

3.2. La Corte Constitucional ha estudiado dos situaciones distintas de procedibilidad: cuando la acción de tutela (i) se interpone como mecanismo principal o, (ii) se ejercita como medio de defensa transitorio, a efecto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Sobre el particular, en la sentencia T-235 de 2010 la Corte señaló que para que la tutela proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, estos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela⁹. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva.

Esta Corporación ha insistido en que la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo¹⁰. En esa medida, ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante. Así, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), la composición del núcleo familiar (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado de salud (condición de discapacidad, padecimiento de enfermedades importantes), las condiciones socioculturales (grado de formación escolar y potencial conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer) y las circunstancias económicas (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico, calidad de desempleo) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la

pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.

3.3. Igualmente, se considera que cuando el accionante es una persona de especial protección constitucional, la acción de tutela procede de manera excepcional. En ese sentido “la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población; motivo por el cual considera que la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados¹¹”¹².

En el caso de los adultos mayores o personas de la tercera edad, se sostiene que no resulta proporcional someterlos a un proceso ordinario cuya decisión se difiere en el tiempo y, por tanto, sería prolongar la incertidumbre acerca del derecho fundamental que se busca proteger, tornándose el recurso de amparo en ese evento como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz”¹³.

Ahora, como la pensión -vejez o jubilación- está orientada a amparar a las personas de la tercera edad¹⁴ y se relaciona con la dignidad¹⁵, el derecho a la seguridad social¹⁶ y la vida¹⁷, esta Corporación le ha dado el carácter de fundamental¹⁸. En ese sentido, “la fundamentalidad del derecho a la pensión [de vejez] como una prestación derivada de la seguridad social, está dirigida a la protección de la vida del actor y la de su familia, en cuanto a lograr una subsistencia digna. En punto a la fundamentalidad de la totalidad de los derechos contemplados en nuestra Constitución, entre ellos la pensión de vejez, la Corte viene sosteniendo que la “fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. 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”¹⁹.

3.4. Por último, en el escenario de la acción de tutela contra decisiones de una entidad administradora de pensiones de cualquiera de los regímenes de seguridad social (o de los ex empleadores encargados de la satisfacción de esta categoría de prestaciones), la Corte ha estimado necesaria la comprobación de un grado mínimo de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado por parte del actor, y la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho pensional. Asimismo, para la prosperidad material de la acción (presupuesto de fondo), la Corporación ha exigido que se presente un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y titularidad del derecho reclamado.

Todo lo anterior permite concluir que, enfrentado a un debate sobre el reconocimiento o el pago de una pensión, el juez de tutela debe indagar por las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, en lugar de descartar, de plano, la procedibilidad de su solicitud, sobre la base de la disponibilidad de unos instrumentos alternativos de defensa. Su tarea, en esos casos, consiste en verificar que las herramientas judiciales contempladas por el legislador para debatir el derecho a esas prestaciones sociales sean idóneas y efectivas para proteger al accionante.

Si los mecanismos no son idóneos y eficaces, en razón de su situación de vulnerabilidad o porque lo exponen a un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá, para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente las mesadas pensionales.

4. Evolución del sistema pensional en Colombia.

4.1. Antes de la Ley 100 de 1993 el sistema pensional en Colombia era difuso, ya que fueron diversas las normas que se expidieron para pequeños sectores de la población y relacionadas con algunos riesgos, verbi gratia, con la Ley 1ª de 1932 se institucionalizó la pensión de jubilación para los trabajadores ferroviarios²⁰ y la Ley 42 de 1933 para “determinados profesores de educación pública y privada”²¹.

4.2. Con la Ley 6 de 1945, considerada como el primer Código Laboral y orientada a apaciguar los ánimos de los sindicalistas, poco fue lo que consagró con relación a la seguridad social, aunque en los artículos 12 y 14 se establecieron algunas obligaciones para el patrono, como el pago de una pensión de jubilación a quienes tuvieran 50 años de edad y 20 de servicio²².

“Art. 14. La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

(...)

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

4.3. Posteriormente, la Ley 90 de 1946 “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, dio inicio a una nueva era de la seguridad social con grandes ventajas respecto de la legislación anterior. A diferencia entonces de la Ley 6 de 1945, la nueva normatividad consagró mayores prerrogativas para los trabajadores, en tanto que su régimen prestacional, dentro del cual se hallaba la pensión vitalicia de jubilación, ya no dependía de la solvencia económica del empleador, sino que “esos derechos están siempre garantizados, aunque quiebre o desaparezca el patrono accidental”. Así lo declaró el Ministro de Trabajo²³ de la época en su discurso del 31 de julio de 1945, donde igualmente resaltó:

“b) En el régimen de prestaciones patronales, resulta forzoso disminuir las cargas a los pequeños capitales, de donde la gran masa de asalariados queda desamparada al pago que se establecen minorías privilegiadas entre los mismos trabajadores. En el de seguros sociales, todos los empresarios cotizan en proporción a los salarios que pagan, y todos los trabajadores se benefician por igual.

c) En el régimen de prestaciones patronales, aún las grandes empresas soportan una carga excesiva, al convertirse en aseguradores de sus trabajadores contra todos los riesgos profesionales, sin la compensación que las compañías de seguros encuentran en la especialización de los riesgos, en la “ley de los grandes números”, y en el cálculo de probabilidades. En el de seguros sociales, la carga financiera es infinitamente menor, pues al distribuirse los riesgos entre toda la población activa, se reduce la incidencia individual de cada siniestro y, además, el Estado contribuye a la debida financiación”.

De otro lado, se estableció que los riesgos por enfermedad, invalidez, vejez, accidente profesional y muerte (art. 1º), serían cubiertos por el sistema de triple contribución forzosa compuesta por los asegurados, los empleadores y el Estado, es decir, estaban obligados a cotizar periódicamente para esas prestaciones (art. 16); el obrero tenía derecho a la pensión de vejez vitalicia cuando reuniera los requisitos de edad y cotización (art. 47) y se hizo responsable al empleador de la omisión en el pago de las cotizaciones descontadas al operario y las que obliguen al mismo:

“ARTÍCULO 67. El patrono que descuente a sus asalariados el monto de sus cuotas y no las consigne con las que le correspondan sin justa causa, dentro de un término que no pasará de los quince (15) días subsiguientes, o no adquiera dentro del mismo término las estampillas del caso, se le impondrá por ese solo hecho una multa de veinte pesos (\$ 20) a dos mil pesos (\$2.000), sin perjuicio de pagar las sumas retenidas, con intereses de recargo del medio por ciento (1/2) mensual. El atraso mayor de quince (15) días en el pago de las cuotas que correspondan al patrono o al trabajador independiente hará incurrir a estos en una multa del dos por ciento (2%) mensual sobre el monto de las retardadas”.

Igualmente señaló que al cambiar la denominación de la pensión de jubilación por la pensión de vejez, en los términos del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, se estableció que el Seguro asumiría ese riesgo respecto de los servicios prestados anteriormente, siempre que el empleador aportara las cuotas proporcionales respectivas²⁴.

En torno a la implementación del Sistema de Seguro Social, expresamente manifestó que las prestaciones allí reguladas y “que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada

caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores²⁵".

4.4. De igual manera, el Código Sustantivo del Trabajo²⁶ instituyó la pensión de jubilación como una asignación a cargo del empleador, mientras entraba en funcionamiento el Seguro Social:

"Art. 259. Regla General.

1. Los {empleadores} o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto".

"Art. 260. Derecho a la pensión. <Artículo derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. El texto derogado continúa vigente para los trabajadores sometidos al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100. El texto original es el siguiente:>

1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio".

4.5. Otras normas que hicieron alusión a la pensión de jubilación fueron las Leyes 77 de 1959 y 171 de 1961, por medio de la cuales se aumentó el monto de las mismas. En efecto, en la

primera de ellas, se estableció que partir del 1º de enero de 1960, “las pensiones de jubilación oficiales, semioficiales y particulares, y las de invalidez, tanto oficiales como semioficiales, que se hayan causado con anterioridad a la vigencia de esta Ley, y que sean inferiores a mil trescientos setenta y cinco pesos (\$1.375.00) mensuales quedaran aumentadas en la proporción que se indica”. E incluso, el artículo 7º ordenó que su reajuste fuese de manera oficiosa por la entidad, empresa o Caja de Previsión a que corresponda pagarla, “la cual cancelará íntegramente, mes a mes, la pensión reajustada a su beneficiario, y podrá repetir contra las demás entidades, empresas o cajas, legalmente obligadas a contribuir al pago de la pensión y de su aumento en proporción a sus respectivas cuotas”.

En la segunda ley se dispuso nuevamente el reajuste de las pensiones de jubilación e invalidez y se determinó que ellas no podían ser inferiores al 75% del salario mínimo “regional” y de quedar por debajo de ese límite, deberá “ser reajustada, de oficio o a solicitud del interesado por la persona o la entidad obligada al pago”. Además, se estipuló la pensión-sanción, para el evento en que se despidiera injustificadamente a un trabajador que tuviera 10 años de servicios.

4.6. Fue en vigencia de la Constitución Política de 1991 que el sistema pensional se organizó, en tanto no sólo se estableció el trabajo como fundamento del Estado social de derecho, sino que en el artículo 4827 se instituyó la seguridad social como un servicio público obligatorio, ejecutado bajo el control del Estado, y, además, con carácter de derecho fundamental irrenunciable.

En ese marco constitucional surgió la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, con la finalidad de acabar con la dispersión normativa, la inequidad y desventajas para los trabajadores y la desarticulación institucional²⁸.

4.7. Lo anterior permite concluir que si bien la seguridad social no se hallaba debidamente organizada antes de la Ley 100 de 1993, no es menos cierto que desde 1945, con las leyes 6 de ese año, 90 de 1946 y el Código Sustantivo del Trabajo –aprobado por el Decreto 2663 de 1950-, los trabajadores al servicio de empresas privadas, vinculados por contrato de trabajo, tenían derecho a que se les reconociera una pensión vitalicia de jubilación cuando llegaran a los 50 años de edad y veinte (20) años de servicio. Por tanto, si el empleador debía

responder por esa prestación, era apenas lógico que aprovisionara los recursos necesarios que le permitiera cubrir la misma.

5. Creación y funcionamiento del Seguro Social.

5.1. La Ley 90 de 1946 estableció el seguro social obligatorio contra los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y no profesionales, invalidez, vejez y muerte, para todas las personas que prestaran sus servicios en virtud de un contrato de trabajo o aprendizaje. Además, en el artículo 8º creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el cual fue inaugurado el 19 de junio de 1948, sin embargo, su funcionamiento no se inició de inmediato, sino que se hizo de manera gradual, por ejemplo, mediante el Decreto 722 del 1º de abril de 1949 se inscribieron las primeras personas en la capital del país en las labores de transporte, comercio, industria y servicios personales y profesionales.

5.2. El seguro de enfermedad –maternidad- fue de los primeros que se debió organizar por las condiciones sociales y económicas que se presentaban en esa época, dilatándose por tanto los riesgos de vejez, invalidez y muerte, aunque de manera paralela se realizaban los estudios para lograr la creación de Cajas Seccionales en todo el territorio nacional. Así, en 1948 surgió la oficina de Medellín y posteriormente la de Quindío, Valle, Valle del Cauca, Zona Bananera y del Caribe²⁹. A finales del año 1969, fuera de las ya citadas, existían las Seccionales de Pereira, Riohacha, Barranquilla, Cartagena, Valledupar, Cúcuta, Bucaramanga, Sogamoso, Villavicencio, Quibdó, Manizales, Ibagué, Neiva, Popayán y Pasto.

5.3. A través del Decreto 3041 de 1966, luego de reglamentarse el seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se hizo lo propio con los riesgos de invalidez, vejez y muerte, quedando protegidas todas las contingencias contenidas en la Ley 90 de 1946³⁰.

5.4. Lo anterior significa que no obstante haberse creado el seguro social obligatorio con la Ley 90 de 1946, al igual que el Instituto encargado de su protección, su funcionamiento no fue inmediato, sino que demoró varios años para cubrir la totalidad del país, razón por la cual antes de 1969 existieron zonas sin su cobertura.

6. Régimen de transición en la Ley 100 de 1993.

6.1. La pensión de vejez es una prestación económica que garantiza la subsistencia digna de las personas que durante toda su vida laboral cotizaron para la misma. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

“En la actualidad la pensión de vejez se define como “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”³¹.

En sentencia T-398 de 2013, la Corte mantuvo esa definición al señalar que “la pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna”.

6.2. Este derecho se concede a quienes cumplen con los requisitos legales como la edad y el tiempo de cotización. La Ley 100 de 1993 estableció el Régimen General de Pensiones, derogando todos aquellos sistemas que existían antes de su vigencia, no obstante en el artículo 36 se instituyó un régimen de transición con el fin de “proteger a quienes tenían la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez de conformidad con los requisitos establecidos en la normatividad anterior”³².

El régimen de transición, según esta Corte, es “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”³³.

6.3. Por consiguiente, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene las condiciones para los beneficiarios del régimen de transición. Así entonces, la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas requeridas para la pensión de vejez y el monto de la misma, son las que se encuentran determinadas en el sistema anterior al cual se hallaba afiliado el

trabajador al momento en que entró a regir el Estatuto de la Seguridad Social -1º de abril de 1994-, siempre y cuando cumplan uno de los siguientes requisitos:

TIEMPO COTIZADO

Mujeres: 35 años o más de edad.

Hombres: 40 o más años de edad.

Tener 15 años o más de servicios cotizados.

La norma en cita establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

6.4. Pese a lo expuesto, el régimen de transición no es ilimitado, puesto que con ocasión de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 01 de 2005 se le puso término al mismo, al establecer en el párrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Carta que:

“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen

dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

6.5. Luego resulta necesario dejar establecido que quien al 1º de abril de 1994 tenía 15 años de servicio, 35 años o más de edad si es mujer, o 40 de edad o más si es hombre, tiene derecho a que su pensión se liquide bajo el régimen de transición, es decir, que se le aplique la normatividad existente antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

No obstante, la transición tiene un límite impuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, que la misma se extendía hasta el 31 de julio de 2010, excepto que el trabajador tuviera 750 semanas al momento de entrar en vigencia el acto. De no cumplirse con esta exigencia, la pensión deberá analizarse conforme con el sistema ordinario contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003:

“Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

6.6. Finalmente, en este aspecto resulta relevante dejar establecido que de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la obligación de cotizar cesa en tres eventos: (i) cuando el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez; cuando se pensione

(ii) por invalidez o (iii) anticipadamente. Ello significa, que los aportes pueden realizarse incluso después de que el trabajador haya cumplido con la edad para la pensión. En ese sentido lo concibió esta Corporación, ya que en sentencia T-566 de 2009 hizo alusión a la posibilidad del trabajador de aceptar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o “de seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización necesarias para causar la pensión de vejez”.

En esa tutela se trató el caso del señor Horacio Toro Gómez, quien por tener 60 años de edad y no contar con las semanas cotizadas, inicialmente solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión por vejez al Seguro Social, y le fue concedida. Empero, pasados unos meses renunció a esa prestación e hizo conocer su intención de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones con la finalidad de consolidar los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Así, cotizó de manera ininterrumpida por espacio de diez (10) años (octubre de 1996 a octubre de 2007), sin que la entidad se pronunciara sobre dicho comportamiento.

La Corte en ese evento accedió al amparo, ordenó reconocer y pagar la pensión, no sólo porque “las actuaciones del demandante se ciñeron a lo establecido por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, teniendo la edad requerida para pensionarse, más de 60 años, comunicó, oportunamente, a la entidad su decisión de optar por continuar cotizando al sistema de pensiones, con el fin de acumular el número mínimo de semanas de cotización para el efecto, y así cumplir con el requisito faltante para consolidar su derecho a la pensión, conducta que está expresamente permitida por la norma referida”, sino porque desconoció el principio de confianza legítima, en tanto que por espacio de 10 años permitió que el actor realizara cotizaciones al Sistema General de Pensiones, “generando en él la expectativa fundada, y la convicción, de que una vez acumulara el número mínimo de semanas exigidas para consolidar la pensión de vejez, ésta sería reconocida por la entidad”.

6.7. En síntesis, de acuerdo con la normatividad en cita y la jurisprudencia de la Corte es posible que la persona cotice para la pensión de vejez aún después de cumplido el requisito de la edad, máxime cuando la entidad prestadora lo consintió.

7. Reconocimiento de la pensión de vejez conforme con el Decreto 758 de 1990.

7.1. Entre los regímenes pensionales anteriores al Sistema de Seguridad Social Integral se

encuentra el regulado por Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, por medio del cual se expidió el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. En el artículo 12 se encuentran las exigencias para acceder a la pensión de vejez:

“Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) años o más de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si es mujer; y

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un número de mil 1.000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo”

En ese orden de ideas, la Corte ha señalado que los beneficiarios de la medida transitoria, afiliados al sistema de prima media con prestación definida y cuyas cotizaciones fueron realizadas exclusivamente al Seguro Social, tienen derecho a que su pensión se estudie con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990³⁴.

7.2. Empero, como existían trabajadores que no contaban con el número de semanas cotizadas al Seguro Social y en su favor solicitaron computar los tiempos de servicios prestados a las entidades públicas cotizados a cajas o fondos de previsión, surgió para la Corte la necesidad de establecer una línea jurisprudencial que zanjara la discusión que se presentaba en torno a la posibilidad de acumular los períodos laborados para diferentes entidades, pues el Seguro Social negaba esa posibilidad porque, en su sentir, las cotizaciones debieron realizarse siempre a esa institución, en tanto:

i. El Acuerdo 049 de 1990 “fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, para regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por ese Instituto”;

i. En el referido Acuerdo no se contempla la posibilidad de acumular semanas cotizadas a otras entidades, “pues para ello existían otros regímenes, como la Ley 71 de 1988, que

estableció la pensión por aportes (exigiendo para ello 20 años de aportes y las edades de 55 o 60 años, según se ha indicado en razón al sexo)”; y

i. El requisito contenido en el literal “b” del artículo 12 del acuerdo, esto es, 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, “fue en su momento un tipo de transición, para que los empleadores privados afiliaran a sus trabajadores más antiguos, a quienes no se había concedido pensión, a fin de que cotizaran en el ISS, por lo menos 10 años, y se les fuera concedida una pensión de jubilación”³⁵.

7.3. Otro sector sostenía que si era viable acumular los tiempos de servicios, puesto que del artículo 12, literal b, del Acuerdo 049 de 1990 no se desprendía la exclusividad de los aportes al Seguro Social y, además, la transición se limita a tres aspectos como son la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión, sin que se haga alusión a las reglas para el computo de semanas, de lo cual se infiere que se deben aplicar las del Sistema General de Pensiones.

7.4. En ese orden de ideas, la Corte en pleno, mediante sentencia SU-769 de 2014 acogió la segunda tesis, que posibilita la acumulación de tiempos de servicio, con fundamento en el “principio de favorabilidad en materia laboral, en virtud del cual, de acuerdo con los artículos 53 de la Carta y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho el operador jurídico, judicial o administrativo, debe optar por la situación que resulte más favorable al trabajador”. Y sobre esa máxima evocó la sentencia T-334 de 2011 que en su parte pertinente sostiene:

“El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. (...) Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la

efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto”.

7.5. En esas condiciones, la Corte en la sentencia SU-769 de 2014 determinó las siguientes reglas:

“9.1. El cómputo de las semanas cotizadas es un aspecto que quedó consagrado en la Ley 100 de 1993 precisamente para dar solución a la desarticulación entre los diferentes regímenes que durante un tiempo hizo imposible acumular tiempos de servicio con diferentes empleadores, reduciendo notablemente la posibilidad de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez.

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales reseñados en la parte considerativa de esta sentencia, para efecto del reconocimiento de esta prestación es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990.

9.2. Por otro lado, según se decantó en esta providencia, por ser la postura que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y pro homine, y que maximiza la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, tal acumulación es válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

7.6. En suma, en atención a los principios de favorabilidad en materia laboral y pro homine, para acceder a la pensión de vejez, la institución encargada de reconocer la prestación debe computar los tiempos de servicios prestados a entidades públicas y privadas con el fin de cumplir con el requisito de las 500 o 1000 semanas cotizadas. Ello extiende la garantía de la seguridad social, conforme con la máxima de progresividad contenida en los artículos 48 de la Carta y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8. La acumulación de tiempos de servicios prestados y el deber de aprovisionamiento de los empleadores, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

8.1. Jurisprudencia constitucional.

8.1.1. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha sido fruto de una línea que se ha venido construyendo progresivamente, luego de exponerse varias tesis. En efecto, la primera decisión de carácter constitucional se condensa en la sentencia C-506 de 2001, de la cual se infiere que (i) no es posible computar el tiempo de servicio laborado antes de la Ley 100 de 1993 para empresas que no estaban obligadas a afiliar a los trabajadores a la seguridad social cuando su contrato de trabajo no se hallaba vigente, tal como lo establece la Ley 100 de 1993 en el artículo 33, parágrafo 1º, literal c., y (ii) con ocasión de esta normatividad surgió para los empleadores el deber de aprovisionar hacia el futuro los recursos para la seguridad social

Así, el literal c, del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, cuyo precepto consagra como requisito para computar tiempos de servicio que la “vinculación laboral se encontrara vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley”, fue demandado en acción de inconstitucionalidad porque en sentir del demandante se violaba el principio de igualdad y generaba un enriquecimiento sin causa para el empleador.

La Corte, en sentencia C-506 de 2001³⁶, consideró que entre los trabajadores que tenían vigente el contrato de trabajo y quienes lo habían extinguido existían diferencias que permitían darles un trato distinto. De cara a los primeros consideró que su situación jurídica se hallaba vigente, mientras que para los segundos estaba consolidada.

En ese contexto, este Tribunal sostuvo que respecto de los trabajadores al servicio de empresas obligadas a reconocer y pagar la pensión de jubilación, existía una mera expectativa del derecho a la pensión, ya que sólo se concretaba cuando cumplieran todos los requisitos legales. La referida sentencia señaló:

“solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos

de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100).

La ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias” (subraya del texto).

8.1.2. Por consiguiente, la exequibilidad se fundamentó en los principios de irretroactividad de la norma y de seguridad jurídica, concluyendo que sólo con la Ley 100 de 1993 se podían acumular tiempos de servicios y, además, se creó para los empleadores la obligación de aprovisionar hacia futuro el valor del cálculo actuarial proporcional con el tiempo de servicio, pero condicionado a la vigencia del contrato de trabajo.

Al modificarse el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, mediante el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, cuyo texto fue demandado con argumentos similares a los expuestos en la demanda que originó la sentencia C-506 de 2001, se consideró que había operado el fenómeno de la cosa juzgada y así se dispuso en sentencia C-1024 de 2004.

8.1.3. En control concreto de constitucionalidad son varias las sentencias que se han expedido por la Corte, las cuales de manera gradual han dado lugar a la actual jurisprudencia.

En efecto, la primera sentencia que sentó posición sobre la posibilidad de computarse el tiempo laborado por el trabajador para efectos de la pensión de vejez, a pesar de que el contrato de trabajo había terminado al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, fue la T-784 de 2010 relacionada con un trabajador de la compañía Texas Petroleum Company y/o Chevron Texaco, para la cual laboró entre el 16 de julio de 1984 y el 15 de junio de 1992, sin que la empresa hubiese realizado las cotizaciones para seguridad social, porque en esa época no se tenía la obligación de hacerlo.

En ese caso, a pesar de que las instancias resolvieron negar la tutela, la Sala Octava de Revisión revocó las sentencias y concedió el amparo al considerar que conforme con la Ley 6

de 1945 los empleadores tenían el deber de asumir el pago de la pensión de jubilación, una vez cumplidos los requisitos de ley, obligación que sería subrogada por el Seguro Social al cual debían trasladar los aportes conforme con el tiempo de servicio del trabajador. Es decir, no se remitió a la ratio decidendi de la decisión adoptada en sede de control abstracto, porque en esta no se resolvió asunto con las particularidades que revestía el caso que en ese momento se solucionaba.

Concluyó esta Corporación que el deber de aprovisionamiento de los empleadores surgió desde 1946, sin que para nada importara la fecha en que entró a funcionar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Sobre el particular estimó:

“El régimen jurídico instituido por la ley 90 de 1946, a la par que instituyó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creó una obligación trascendental en la relación de las empresas con sus trabajadores: la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación.

Resalta la Corte que, a pesar de que la instauración iba a ser paulatina, desde la vigencia de la ley 90 de 1946 se impone la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social” (negrilla fuera de texto original).

La accionada, en ese evento, justificó su omisión en que para la época no tenía la obligación de cotizar. La Corte señaló que de aceptar esa tesis se vulneraría el derecho fundamental a la igualdad, porque el tiempo que deberían cotizar los trabajadores en esas condiciones sería mayor al de otras personas en similares circunstancias. Indicó que con ello se despoja al trabajador de una garantía que le permita una vida digna frente a escenarios de social distress como es la vejez, porque exigirle a un adulto mayor que trabaje para que cotice los aportes del tiempo que en otrora laboró para la petrolera es desproporcionado.

Bajo ese contexto, la Sala Octava concluyó que la interpretación más ajustada a la Constitución es aquella que ordena tener en cuenta el tiempo laborado por el trabajador y computarse para efectos de la pensión, incluso si el contrato de trabajo había terminado antes de empezar a regir la Ley 100 de 1993, garantizando de esta forma el derecho a la seguridad social. En ese sentido, consideró que la accionada afectó el derecho a la seguridad

social del actor por no realizar los aportes para pensión.

T-712 de 2011. En ese mismo sentido se pronunció la Sala Primera de Revisión al acoger la tesis anterior, es decir, sostuvo que la Ley 90 de 1946 no sólo creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sino que igualmente impuso a las empresas la obligación de realizar la provisión correspondiente para que se entregara al ISS cuando subrogara a las compañías en el pago de la pensión de jubilación, conforme con el artículo 72 de la mencionada normatividad.

En ese orden de ideas, concedió el amparo al actor al advertir que existían los suficientes medios probatorios que determinaban que éste laboró para la empresa, la cual se benefició de su fuerza de trabajo, “pero no hicieron los aprovisionamientos pensionales que le depararan a éste último al llegar a su vejez, una vida verdaderamente digna y humana. La Corte Constitucional debe, entonces, corregir ese problema”.

T-719 de 2011. En este evento se analizó la situación de una persona de 86 años de edad que inició su vida laboral en 1945 al servicio de Bavaria S.A. por espacio de 10 años, 4 meses y 27 días, y con Cervecería Andina trabajó 6 años, 3 meses y 3 días. Solicitó la pensión pero le fue negada por no cumplir con el tiempo de servicio requerido. En este caso la Sala Sexta de Revisión, aunque otorgó la pensión al actor porque para el 1º de abril de 1994 cumplía con los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ya que entre enero de 1967 y febrero de 2000 cotizó 1.165,422 semanas, se apartó de la sentencia T-784 de 2010 y, por el contrario, consideró que “a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se instituyó el deber de los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, del aprovisionamiento hacia futuro de los cálculos actuales correspondientes a la suma del tiempo servido por el trabajador, puesto que, observando los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley, para la contabilización de las semanas es necesario que el contrato laboral se halle vigente a la fecha en que la citada Ley produjo efectos, frente a las consecuencias de la respectiva transferencia”.

T-890 de 2011. Allí se estudiaron los casos de cuatro trabajadores que laboraron para sus respectivas empresas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993. A uno de ellos, la Sala Quinta de Revisión concedió el amparo porque encontró que reunía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, esto es, que al 1º de octubre de 1993 tenía 26 años de

servicio y 50 años de edad, según lo establecido en los artículos 260 de Código Sustantivo del Trabajo y 59 del Decreto 3041 de 1996:

“tomando en consideración lo dispuesto en esta última norma; que la obligación de la empresa accionada de afiliarse al Instituto de Seguros Sociales -ISS- a todos sus trabajadores comenzó el 1° de octubre de 1993; que para esa fecha la señora María de Jesús Cuenca Sornoza no solo había cumplido 15 años de servicio a la empresa, sino además los 20 años de servicio y los 50 años de edad que exige el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, resulta claro que la sociedad accionada no ha estado obligada a afiliarla a dicho instituto, ni a expedirle un título o bono pensional, sino a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación a partir de la fecha en que cumplió los dos requisitos mencionados”.

Por el contrario, respecto de los otros tres accionantes se declaró improcedente el amparo, al considerar que no existían medios de convicción que permitieran establecer el período y el territorio donde laboraron para determinar si los contratos de trabajo se hallaban vigentes o no al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Sobre el derecho a acumular tiempos laborados en la empresa privada para la pensión consideró que surgió con la Ley 100 de 1993 “ya que con anterioridad a esa norma los trabajadores privados solo podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si cumplían con todos los requisitos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva, sin que fuese posible la acumulación de tiempo por semanas laboradas para distintos empleadores privados³⁷”.

La Sala Sexta de Revisión acogió la postura de la sentencia C-506 de 2001, según la cual fue con la Ley 100 de 1993 que surgió para los empleadores la obligación de aprovisionar los cálculos actuariales respecto de los tiempos laborados por los trabajadores con contrato laboral vigente al momento de entrar en vigencia la citada normatividad.

T-549 de 2012. Se relaciona con una persona que laboró en varias empresas entre 1959 y 1994 y le fue negada la pensión por parte del Seguro Social. La Sala Sexta de Revisión, concedió el amparo con fundamento en el precedente contenido en la sentencia T-784 de 2010, al considerar que para los trabajadores que no tenían vigente el contrato de trabajo al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 y que laboraron para las empresas sin que

realizaran los aportes para la seguridad social en pensión, “les es aplicable el régimen jurídico instituido por la Ley 90 de 1946, que tal como se indicó, generó para las empresas la obligación de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación” (resalto fuera de texto).

T-492 de 2013. El caso corresponde a un empleado de Bancolombia que laboró entre el 21 de octubre de 1972 y el 10 de mayo de 1977, sin que la entidad hubiese realizado los aportes para pensión, porque el Seguro Social no tenía cobertura en el municipio donde se prestó el servicio.

La Sala Tercera de Revisión concedió el amparo, al considerar que el asunto se adecuaba “en aquellos en los que la aplicación de (sic) acrítica de la normatividad y de la regla jurisprudencial establecida en las sentencias C-1024 de 2004 y C-506 de 2001, afecta su derecho fundamental a la seguridad social, resultando imperioso dar aplicación al principio de solidaridad” (Se destaca).

En esas condiciones, dispuso que en atención a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, la entidad accionada pagara el 75% de los aportes por el número de semanas necesarias para la pensión de vejez y el actor pagara el 25%.

T-518 de 2013. Se trató de una señora con 61 años de edad, que laboró para la Universidad de Caldas por más de 20 años y para el momento de interponer la acción de tutela tenía discapacidad visual del 95%. En este caso el Seguro Social, como las instancias le negaron el derecho a la pensión de vejez, no obstante la Corte atendió su pretensión al concluir que la obligación de aprovisionamiento de los empleadores viene desde antes de la Ley 100 de 1993:

“La Ley 6 de 1945 impuso la obligación a (i) los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos -artículo 14- y (ii) las entidades públicas del orden nacional -artículo 17-, de hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios.

Esta ley dispuso además que el pago de la pensión estaría a cargo de esos empleadores privados hasta tanto se creara un seguro social obligatorio, el cual los subrogaría en la

obligación y se abrogaría los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Por otra parte, para los empleados y obreros nacionales, la ley dispuso la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, y en virtud de la obligación contenida en su artículo 23, se crearon además otras cajas de previsión del sector público a nivel territorial, quienes tuvieron a su cargo el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de dichos trabajadores. Como la introducción de esas instituciones de previsión y el seguro social obligatorio sería futuro y progresivo, en virtud de la Ley 6 de 1945, los empleadores –tanto privados como públicos cobijados por la ley- mantuvieron el deber de realizar el aprovisionamiento de los fondos necesarios para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, con el fin de que tales recursos luego fueran trasladados a las nuevas entidades cuando asumieran el cubrimiento de los riesgos de sus trabajadores” (Se destaca).

T-676 de 2013. El caso de un extrabajador de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, que laboró entre el 22 de marzo de 1973 y el 20 de diciembre de 1991, sin que se hubiere efectuado todos los aportes para el régimen de pensiones, ya que entre el 22 de marzo de 1973 y el 28 de febrero de 1983 se omitió esa obligación, porque el mismo fue trasladado de su lugar de labores para otro que no estaba cubierto por el Seguro Social.

En este asunto, la Corte consideró que la empresa hizo uso indebido del ius variandi, y en ese sentido, no resultaba “justo, razonable ni proporcionado que un trabajador con más de 18 años de servicios a un mismo empleador, no tenga derecho a su pensión, por el hecho de no encuadrar su situación en alguno de los supuestos según los cuales la demandada o la entidad de seguridad social asumen el riesgo de vejez, con el argumento de que por el tiempo de servicios que tenía al momento de la afiliación al Seguro Social (menos de 10 años), sumado a la falta de cobertura al inicio de su vinculación laboral, se entraría a exonerar de responsabilidad a su empleador y, a su turno, por no tener las semanas de cotización suficientes, el ISS no estaría en la obligación de reconocer esa carga prestacional; dejando al empleado en una posición de grave desprotección, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias completamente adversas frente a las que no tiene culpa alguna”.

Concluyó entonces que hubo un uso indebido de la facultad de asignar o variar las condiciones de trabajo, por no tener en cuenta que el traslado a un sitio donde no existía

cobertura afectaba al trabajador y por supuesto violó el derecho a la seguridad social en pensiones.

T-770 de 2013. La Sala Quinta de Revisión conoció el caso de una persona de 84 años que laboró en Bavaria S.A, entre el 25 de febrero de 1962 y el 22 de julio de 1963, sin que se hubiere cotizado para pensión, bajo el pretexto de que para esa época no tenía obligación de hacer aportes para riesgos de invalidez, vejez y muerte. La empresa negó el pago o traslado del bono pensional, situación que ha impedido el acceso a la pensión puesto que hacen falta 70 semanas.

En este evento, la Sala concedió la tutela porque consideró que “todo empleador particular, cualquiera fuese su capital, debe responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores causadas por los servicios prestados desde 1946, independientemente de la entrada en funcionamiento del I.S.S. y en respuesta al deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente”. En esas condiciones, ordenó a Bavaria S.A. transferir a Colpensiones el valor “actualizado”, de acuerdo con el salario devengado para la época, de los aportes para pensión y le fueran contabilizados al accionante (el resalto no es del texto).

T-410 de 2014. El hecho se relaciona con un extrabajador de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, que laboró entre el 22 de noviembre de 1973 y el 31 de enero de 1991, al cual sólo le hicieron aportes para pensión entre el 1 de octubre de 1986 y el 31 de enero de 1991.

Aunque la Sala Novena de Revisión en anterior ocasión³⁸ se apartó de la sentencia T-784 de 2010, en esta oportunidad, tras analizar la ratio decidendi y los obiter dicta de la sentencia C-506 de 2001 concluyó que la misma hizo tránsito a cosa juzgada constitucional relativa y en ese sentido aplicó la excepción de inconstitucionalidad en relación con el requisito consagrado en el literal c, del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sobre la vigencia del contrato de trabajo para el momento de entrar a regir la citada ley, toda vez que lesionaba derechos constitucionales diferentes al de la igualdad que fue estudiado en la sentencia C-506 de 2001.

Señaló que si bien los jueces no pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de normas declaradas exequibles, existen eventos en que es posible, verbi gratia, cuando el análisis se hace con fundamento en reproches diferentes a los que se tuvieron en cuenta en

la sentencia que declaró la constitucionalidad. Ello, con base en la figura de la cosa juzgada constitucional relativa³⁹ implícita⁴⁰.

En ese orden de ideas, la Sala Novena de Revisión consideró que las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004 hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional relativa implícita, por lo siguiente: “(i) materialmente solo estudió un cargo por la presunta infracción del principio de igualdad entre los trabajadores que se les exigía la pervivencia del vínculo laboral a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y a los que no se les hacía dicha exigencia para efecto de acumulación de los tiempos laborados para un empleador que antes de la vigencia del sistema general de pensiones tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones; (ii) si bien la sentencia aludió al artículo 48 superior y al derecho a la seguridad social contenido en este, realmente no analizó cargo alguno relativo a dicha disposición jurídica; (iii) incluso si en gracia de discusión se sostuviera que la sentencia aplicó el artículo 48 superior para resolver el problema jurídico allí formulado, dicha disposición fue modificada en aspectos esenciales por el artículo 1 del A.L. 01 de 2005, al incorporar expresamente la garantía a los derechos adquiridos en materia de seguridad social y de efectividad de las cotizaciones y los tiempos servidos para efectos pensionales y; (iv) la sentencia no estudió la probable infracción de los derechos adquiridos de los trabajadores (Art. 48 y 58 C.P.) en que podría incurrir el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con la exigencia de pervivencia del vínculo laboral”.

Así mismo, tras replantear la ratio decidendi de la sentencia C-506 de 2001 como: “una norma jurídica que para efectos de acumulación de tiempos servidos ante empleadores privados que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión, exija la persistencia del vínculo laboral a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no infringe el principio de igualdad en su comparación con la posición de los trabajadores que sí mantenían una relación laboral con estos empleadores al momento de vigencia del sistema general de pensiones, a quienes no se les reclama este requisito”, y señalar que como tal es esta la única parte que tiene efectos vinculantes, acotó que las consideraciones en torno a (i) la génesis del deber de aprovisionamiento a partir de la Ley 100 de 1993, (ii) la imposibilidad de imponer obligaciones retroactivas a los empleadores, (iii) garantizar la seguridad jurídica y (iv) el respeto a los derechos adquiridos de los empresarios, “solo representan elementos accidentales de la decisión, al punto que la mayoría de ellos ni siquiera fueron contruidos por la sentencia C-506 de 2001 sino tomados de la sentencia C-177 de 1998 a manera de

referencia”, es decir, se trata de la obiter dicta de la sentencia, la cual no comparte por lo siguiente:

La tesis de que el aprovisionamiento de capital solo surgió con la Ley 100 de 1993, se sustentó únicamente en el obiter dicta de la sentencia C-177 de 1998 sobre ese punto y en la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los cuales no tuvieron en cuenta el contenido de los artículos 72 de la Ley 90 de 1946, 259 y 260 del CST y 14 de la Ley 6 de 194541. Así mismo, enseñó que no es cierto que la carga de hacer traslados para aportes de extrabajadores que prestaron servicio antes de la Ley 100 de 1993 sin ser llamados a afiliación por el Seguro Social, supone la imposición de obligaciones retroactivas y lesionan el principio de seguridad jurídica. Ello porque la carga de aprovisionar es anterior al Sistema de Seguridad Social Integral e “incorpora una obligación de plazo que nace a la vida jurídica en los casos concretos con la suscripción del contrato de trabajo y se hace exigible con el llamamiento a afiliación obligatoria”, llamamiento que se hizo de manera gradual y progresiva, mientras que la Ley 100 de 1993 lo hizo por vía general y abstracta, además, estableció el instrumento de acumulación en el artículo 33, parágrafo 1.

En torno a que los trabajadores al servicio de una empresa antes de abril de 1991, únicamente tenían una expectativa legítima de obtener la pensión de jubilación y no un derecho adquirido, indicó que esa expectativa legítima es un asunto distinto a la posibilidad de acumular tiempos de servicios a empresas privadas que antes de regir la Ley 100/93 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. Es decir, son figuras diferentes, que aunque se relacionan, son independientes. De ese modo sintetizó: “una persona puede tener al mismo tiempo una expectativa legítima a pensión por encontrarse cercana al cumplimiento de los requisitos de reconocimiento de esta, y un derecho adquirido al cómputo de los periodos causados en vigencia de una relación laboral”.

T-665 de 2015. Allí se trató el caso de un trabajador que laboró para varias empresas, entre ellas Ingenieros Civiles Asociados -ICA-, la cual no realizó los aportes para pensión, porque en los lugares donde se prestó el servicio no existía cobertura del Seguro Social.

En esa decisión, la Sala Octava de Revisión tras hacer un resumen de las tesis existentes al respecto, resolvió acoger la expuesta en la sentencia T-410 de 2014 fundamentada en la

vulneración de los derechos constitucionales –derechos adquiridos, efectividad de las cotizaciones, el tiempo trabajado y la seguridad social en ingresos- los cuales no fueron debidamente argumentados en las sentencias de constitucionalidad C-506 de 2001 y C-1024 de 2004. Es decir, consideró que la constitucionalidad decretada fue relativa y por lo mismo inaplicó por inconstitucional el requisito sobre la existencia del contrato de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Señaló esa Sala que el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 vulneraba el derecho a la seguridad social, la garantía constitucional de los derechos adquiridos, la efectividad de las cotizaciones y los tiempos trabajados, ya que la citada normatividad no impuso a los empleadores la carga del aprovisionamiento, sino que la misma existía desde la Ley 90 de 1946 (art. 72), el Código Sustantivo del trabajo (arts. 259 y 260) y la Ley 6 de 1945 (art. 14).

T-714 de 2015. Esta sentencia se relaciona con una persona que laboró al servicio de la empresa Chevron Petroleum Company, por el período comprendido entre el 20 de abril de 1964 y el 1º de noviembre de 1970, sin que se hubiesen efectuado los aportes para la pensión de vejez. El Seguro Social negó la prestación pensional porque “no era posible computar los tiempos laborados por el solicitante en la empresa Chevron Petroleum Company con las semanas cotizadas al ISS, porque que dicha relación laboral no estaba vigente para la fecha en la que entró en vigor la Ley 100 de 1993 – 23 de diciembre de 1993-, requisito necesario para la convalidación de ese tiempo, de conformidad con lo establecido en el literal c del párrafo 1º del artículo 33 de la misma disposición”.

La Sala Novena de Revisión consideró que la posición adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que el trabajador no cumplía con la exigencia de tener vigente el contrato de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 desconoce el deber de aprovisionamiento contenido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, así como “el derecho a la seguridad social (artículo 48 Superior) que se materializa a través del derecho adquirido al reconocimiento de los aportes o de los tiempos laborados, a la efectividad de las cotizaciones de aquellos trabajadores, como es el caso del señor Omar Ceballos Cáceres, que estuvieron vinculados a empresas del sector privado y que muchos años después encuentran frustrado el reconocimiento de la pensión de vejez, por causa del desconocimiento de los tiempos laborados en el sector privado antes de la entrada

en vigor de la Ley 100 de 1993, bajo el argumento de que la relación laboral se extinguió con anterioridad a la norma”.

En ese orden de ideas, la Corte concedió el amparo puesto que en su sentir, así el trabajador no cumpliera con los requisitos para la pensión antes de su afiliación y que el contrato laboral no estuviera vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, ello “no se puede traducir en la pérdida de los recursos que la empresa ha debido aprovisionar o aprovisionaba en ese momento para efectos pensionales, pues ello equivaldría a la vulneración del derecho a la seguridad social del trabajador”.

8.1.4. De lo expuesto se infiere, que la posición más reciente sigue en la construcción de la línea jurisprudencial sobre el deber de los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para efectos pensionales. En efecto, desde el año 2012 en adelante esta Corporación tiene una posición unificada en torno a la obligación de aprovisionamiento desde 1945 cuando en la Ley 6ª y la Ley 90 de 1946 se estableció como tal. En ese mismo sentido, se ha considerado la posibilidad de acumular los tiempos de servicios prestados por los trabajadores, así el contrato de trabajo hubiese finiquitado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

8.2. Jurisprudencia ordinaria. Posición actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

8.2.1. El máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria por un buen período consideró que las empresas donde no había cobertura del Seguro Social era inmune a toda responsabilidad por la omisión en el pago de aportes para la pensión de sus trabajadores, no sólo porque no existía exigencia legal para el empleador, sino porque el Instituto no había asumido la responsabilidad de los riesgos. Es decir, sostuvo que el deber de afiliación surgió cuando el Instituto de los Seguros Sociales asumió la contingencia de la vejez en el sitio geográfico donde se prestaba el servicio; antes de ello no podía imputarse incumplimiento alguno al empleador.

8.2.2. A diferencia de lo expuesto anteriormente, en sentencia SL3892-2016, del 2 de marzo de 2016, radicado 45209, la Sala de Casación Laboral ordenó en favor de una trabajadora

computar el tiempo de servicios prestados a una empresa petrolera, conforme al deber de aprovisionamiento que tenía la entidad antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

El caso se relacionó con una trabajadora de la Chevron Petroleum Company, la cual laboró entre el 2 de septiembre de 1968 y el 31 de diciembre de 1978, sin que hubiesen cotizado para la pensión porque, en sentir de la empresa, no tenían la obligación de afiliarla ya que solo a partir de octubre de 1993 fueron llamados por el Seguro Social a inscribir el riesgo de vejez. La primera instancia condenó a la empresa a liquidar y pagar el bono pensional correspondiente al período laborado por la trabajadora, ya que con el Decreto 3041 de 196643 surgió la obligación de afiliación al sistema general de pensiones; sin embargo, la segunda instancia revocó la decisión y absolvió a la compañía, al considerar que la demandada no estaba obligada a afiliar a la demandante, porque cuando se llamó a la empresa a inscripción -Res.4250/93- el contrato de trabajo entre las partes ya había terminado.

La Sala de Casación Laboral casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la expedida por el Juzgado Laboral, porque si bien en el tiempo en que se prestó el servicio la accionada no tenía obligación de afiliar a la trabajadora, “de todas formas sí era de su cuenta la pensión mientras no hubo afiliación”. Y para sustentar esa posición, recordó gran parte de los argumentos de la sentencia SL17300-2014:

“En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.

Desde luego, el «mejoramiento integral de los trabajadores», que implicó la asunción de riesgos por el ISS, sólo puede concebirse si tal cobertura se hace efectiva, porque de lo contrario, antes que existir aquel postulado, lo que se propicia es que quede desprovisto de la atención plena e integral, que se le debe por el trabajo desarrollado.

Estima la Sala que, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, ésta sólo cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser desconocido; menos puede imponérsele al trabajador una carga que afecte su derecho a la pensión, sea porque se desconocieron esos períodos, ora porque el tránsito legislativo en vez de garantizarle el acceso a la prestación, como se lo propuso el nuevo esquema, se le frustre ese mismo derecho.

El patrono, por tanto, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento puede considerarse liberado de la carga que le correspondía.

Por demás, la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede tener tan drástica repercusión frente a derechos sociales y, si bien podría oponerse la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador, principios y valores de orden superior deben prevalecer en casos como el presente.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional en vigencia del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del párrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional».

Tales argumentos son suficientes para evidenciar que el ISS debe reconocer la pensión con el pago del cálculo actuarial de la empresa apelante”.

Con relación al requisito de la vigencia del contrato para el momento en que empezó a regir

la Ley 100 de 1993⁴⁴, exigencia que no se cumplía en ese caso, hizo alusión a lo expuesto por la Sala en sentencia SL2138-2016:

“ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral.

Debe insistirse, de igual forma, en que la intención del sistema de seguridad social es la de integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa (CSJ SL14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, propósito para el cual no es relevante el hecho de que el contrato mantenga su vigencia en una determinada época, pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones”.

Consideró que el juez ad quem se equivocó al señalar que “en razón a que el empleador no estuvo obligado a la afiliación de la trabajadora ante el ISS durante la existencia del contrato de trabajo, y el contrato finalizó el 31 de diciembre de 1978, entonces aquel no tenía la obligación de reconocer esos tiempos, como si la pensión nunca hubiese estado a su cargo; con esta posición del juez colegiado se desconoce el derecho que tenía la accionante, en arreglo al artículo 260 del CST, a que el empleador le fuera sumando esos tiempos de trabajo subordinado prestado para reunir los requisitos de la pensión del artículo 260 del CST, es decir, hasta completar mínimo 20 años, y que el único fin de la afiliación era que este se subrogara en el ISS de dicha carga...mas no perjudicar al trabajador; por el contrario, el propósito fue favorecerlo, para que ya no tuviera que prestar a un mismo empleador todo el tiempo de servicio requerido para la maduración del derecho, sino que pudiera sumar tiempos con distintos empleadores”.

8.2.3. En síntesis, la actual Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia considera que la provisión de los recursos por el empleador es una carga que viene desde antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993 y, con fundamento en esa posición, reconoce el

derecho de los trabajadores a computar tiempos de servicios prestados a empresas privadas, aunque no los hubieren afiliado al Seguro Social, sea porque se omitió esa situación o porque en la zona geográfica donde laboró no existía cobertura de la entidad prestadora de la seguridad social.

8.3. Conclusiones de esta Sala.

Examinada la normatividad y la jurisprudencia que al respecto se ha reseñado, esta Sala comparte la postura actualmente en vigor, que aplica la excepción de inconstitucionalidad, porque si bien respecto del literal c del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 se materializó la figura de la cosa juzgada en sentencia C-506 de 2001, la misma fue relativa.

En efecto, conforme con la demanda de inexequibilidad, el aludido literal colocaba en desventaja a los trabajadores vinculados con empresas obligadas a reconocer y pagar la pensión, mientras que a los demás empleados, según la Ley 100 de 1993, no se les ponía tal condición y, en igual sentido, la Corte, en sentencia T-506 de 2001, solo se pronunció en torno al derecho de igualdad, es decir, estudió la norma exclusivamente de cara a esa máxima, sin analizar otros derechos fundamentales constitucionales como la seguridad social. Además, respecto de los tiempos efectivamente trabajados, la existencia de las cotizaciones y la garantía de los derechos adquiridos, estos fueron constitucionalizados con la reforma establecida al artículo 48 de la Carta en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, con posterioridad a la sentencia C-506 de 2001 y, por lo mismo, no fueron considerados en ese pronunciamiento.

En ese orden de ideas, considera la Sala que (i) el requisito de la vigencia del contrato al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, consagrado en el literal c, del párrafo 1° del artículo 33 de la misma norma, contraviene los derechos a la Seguridad Social y el derecho adquirido a computar para pensión el tiempo de servicios prestados, así como los principios constitucionales de efectividad de los aportes y tiempos servidos, como el de eficiencia de la seguridad social, los cuales se encuentran protegidos por los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; y (ii) que el deber de aprovisionamiento fue establecido por las Leyes 6 de 1945 (art. 14), 90 de 1946 (art. 72) y Código Sustantivo del Trabajo (art. 259 y 160), más no con la Ley 100 de 1993, la cual estableció el mecanismo o medio para cumplir

con el deber de aprovisionar.

Así las cosas, si el requisito de vigencia del contrato al momento de regir la Ley 100 de 1993, consagrado en el literal c del párrafo 1 del artículo 33 de la mencionada normatividad, es contrario a la Constitución, sin duda alguna que procede la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Carta, según el cual “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

9. Análisis del caso concreto.

9.1.2. Como se señaló en la parte dogmática de esta decisión, si bien se ha sostenido que la tutela no resulta procedente para amparar derechos sociales, en especial pensiones, por tratarse de asuntos de carácter legal, no es menos cierto que excepcionalmente se admite cuando los medios de defensa no son eficaces para protegerlos⁴⁵. Esto es, existen eventos en los cuales lo legal pasa al plano constitucional⁴⁶, verbi gratia, cuando el accionante es una (i) persona de la tercera edad o (ii) que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, la cual determina el tratamiento especial y preferente de cara a los demás ciudadanos, ya que es desproporcional y lesivo de su dignidad someterlo a los rigores de un proceso ordinario⁴⁷.

9.1.3. En el presente caso la acción de tutela resulta formalmente procedente atendiendo la situación de vulnerabilidad a la que se encuentra expuesto el señor Noriega Valencia, sujeto de especial protección constitucional. Ciertamente, examinados los medios de convicción allegados a la presente actuación, se observa que el contexto en el que se encuentra el actor se adecua a las dos situaciones antes mencionadas. En efecto, se trata de una persona de la tercera edad, ya que a la fecha cuenta con 76 años de edad⁴⁸ y su salud se encuentra deteriorada, dado que sufre de “hipertensión arterial, arritmia cardiaca con marcapasos enfermedad coronaria”, según se infiere de la historia clínica obrante a folios 27 y siguientes del cuaderno de primera instancia. En el presente asunto, de acuerdo a lo inmediatamente examinado, resultaría desproporcionado e irrazonable pretender que el actor, en las condiciones que atraviesa, deba soportar durante varios años la terminación de un proceso ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, toda vez que es un hecho notorio la prolongada duración de este tipo de juicios, para definir su derecho pensional⁴⁹.

9.1.4. Igualmente debe tenerse en cuenta que el actor, por intermedio de su apoderado, realizó dos peticiones ante la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia con miras a obtener la cancelación de los aportes a seguridad social. Efectivamente, el 23 de octubre de 2012 solicitó información sobre su afiliación y aportes para pensión; así se demuestra con el escrito PGH12C14449 del 13 de noviembre de 2012, por el cual el Director de Gestión Humana le respondió que la entidad no tenía obligación de afiliación al Sistema ni se efectuaban descuentos al trabajador para pensión. Al respecto indicó:

“Revisada su hoja de vida, se determinó que usted laboró en el Comité de Cafeteros de Cundinamarca, entre el 23 de abril de 1973 al 22 de abril de 1979, esto es, por espacio de 6 años, periodo durante el cual la Federación cumplió íntegramente con todas las obligaciones laborales, conforme a la legislación vigente para la época de su vinculación, encontrándose prescrita cualquier reclamación en cuanto al cumplimiento de obligaciones de carácter salarial o prestacional.

Así mismo se estableció que la sede de trabajo asignada fue el municipio de San Bernardo (Cundinamarca) el cual de acuerdo con la asunción del riesgo en pensión por parte del Seguro Social, no se encontraba dentro del cubrimiento territorial que ofrecía dicha Entidad, razón por la cual para la Federación Nacional de Cafeteros no existía la obligación legal de afiliación en riesgos de I.V.M., al igual no se le efectuaron descuentos para pensión durante este período”⁵⁰.

De otro lado, en el documento PGH15C04257 del 14 de abril de 2015 dirigido al apoderado del accionante y firmado por el anterior funcionario, se señaló:

“En atención a su comunicación de la referencia, radicada en la correspondencia de esta entidad el 27 de marzo de 2015, y de conformidad con el poder otorgado por el Sr. LUIS ARTURO NORIEGA VALENCIA, documentos mediante los cuales solicita pagar a Colpensiones el valor de los aportes por pensión por el tiempo laborado, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Hemos procedido a analizar detenidamente el contenido de su comunicación y revisados nuevamente los antecedentes del caso y los argumentos por usted expuestos, encontramos que no es posible atender favorablemente su petición, por las razones dadas en nuestra comunicación PGH12C14449 del 13 de noviembre de 2012” (fl. 120, c. 1ª).

9.1.5. El accionante en su escrito de tutela indicó que “no cuenta con ninguna clase de pensión o ingreso que le permita sufragar sus gastos personales y los de su esposa, estando en una edad muy avanzada para trabajar y con graves problemas de salud”. Aspecto que no fue desvirtuado por la accionada y, por el contrario, en parte fue avalado por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Administradora de Fondos Colpensiones y Colfondos. Así, la primera certificó que el actor no posee bienes inmuebles y, las otras dos, señalaron que el señor Noriega Valencia y su cónyuge no han sido beneficiados con pensión alguna.

Colpensiones, en el trámite de revisión, solicitó la improcedencia de la acción porque el actor cotiza para la pensión de vejez sobre un monto superior al salario mínimo mensual legal vigente; empero, en sentir de la Sala, esa circunstancia no se constituye en barrera para acceder a la prestación, puesto que de ella no se infiere que esté devengando un salario, aporte o ayuda, igual, superior o inferior, al mínimo vital. Eso sólo demuestra que mensualmente cotiza la suma de \$160.000 para pensiones, como se aprecia en el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones, enviado por la entidad prestadora.

En esas circunstancias, los mecanismos judiciales con que contaba el actor para perseguir el reconocimiento de sus derechos pensionales no podían resultar idóneos ni eficaces para procurar la protección que reclamó por esta vía. Para la Sala es claro que supeditar la pretensión de amparo que el señor Noriega Valencia formuló en este escenario a que agotara un proceso ordinario resultaba desproporcionado y, sobre todo, el hecho de que el accionante no cuente actualmente con una fuente de ingresos que le permita junto a su esposa procurarse su sustento mientras las autoridades del caso definen la controversia pensional.

9.2. Procedibilidad material de la acción de tutela.

9.2.1. Corresponde ahora a la Sala establecer si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la vida digna del señor Luis Arturo Noriega Valencia, al no haber cancelado a Colpensiones las cotizaciones para pensión por el tiempo que laboró al servicio de las mismas.

9.2.2. Pues bien, de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente, la vinculación del actor

con las entidades demandadas fue debidamente establecida con diversos medios de convicción. En efecto, con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, laboró en calidad de Práctico de Extensión, por espacio de 6 años, conforme lo demuestran las copias de los siguientes documentos:

9.2.2.1. El contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 23 de abril de 1973 por el actor con el Secretario Ejecutivo del Comité de Cafeteros de Cundinamarca y donde se pactó un salario mensual de \$1.335,00 (Fls. 38 y 39 cuaderno principal).

9.2.2.2. Constancia de tiempo de servicio a nombre del señor Luis Arturo Noriega Valencia, expedida el 10 de abril de 2002 por el Coordinador de Servicios Administrativos del Comité Departamental de Cafeteros de Cundinamarca, en la cual se indica que el actor laboró en la empresa “desde el 23 de abril de 1973, hasta el día 22 de Abril de 1979”, en el cargo de Práctico de Extensión (Fl. 42 cuaderno de primera instancia).

9.2.2.3. Oficio 345-79 del 24 de abril de 1979, firmado por el Director Administrativo y Financiero de la Federación Nacional de Cafeteros –Cundinamarca-, dirigido al accionante, en el cual se le señala que la fecha de su desvinculación de la empresa es el 22 de abril de 1979.

9.2.2.4. Respuesta la acción de tutela por el apoderado de la Federación, el cual aceptó la vinculación del demandante cuando advirtió: “es importante que el despacho tenga en cuenta que el accionante laboró al servicio de la empresa que represento, entre el día 23 de abril de 1973 al 22 de abril de 1979, teniendo como sede de trabajo el municipio de San Bernardo Cundinamarca, localidad en la cual no se encontraba dentro de la cobertura que ofrecía el Seguro Social, respecto al riesgo de pensión” (Fls. 102 vto. cuaderno principal).

9.2.3. Asimismo la Sala estableció que el señor Noriega Valencia laboró al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora-, entre el 18 de marzo de 1969 y el 30 de junio de 1973 (aunque en ese período tuvo cuatro interrupciones del contrato, entre ellas la más llamativa es la de 53 días que se cumplieron entre el 23 de abril al 18 de junio de 1973). En dicha entidad prestó sus servicios como Asistente de Agrotecnia 9C, según se acreditó con las copias de los siguientes documentos:

9.2.3.1. Escrito del 15 de enero de 1969, dirigido al accionante, en el cual se le informa que

fue seleccionado para el curso de Supervisores de Crédito y una vez aprobado “será vinculado al instituto” (Fl. 4, cuaderno principal).

9.2.3.2. Oficio 3010 del 4 de junio de 2002, firmado por el Secretario General del Incora, al cual adjunta constancia de tiempo de servicio requerido por el accionante, así:

“Fecha de ingreso: 18-03-1969.

Fecha de Retiro: 30-06-1973

Salario devengado a la fecha de retiro: \$2.870

Labora actualmente?: SI () NO (X)

Número de días de interrupción: Ochenta y nueve (89)

Fecha de interrupción: Tres días. Del 3 al 5 de abril de 1973

Cincuenta y siete (57) días: 23 abril al 18 de junio de 1973

Dieciséis (16) días: Del 3 al 18 de abril de 1973

Aportó para pensión a Caja o Fondo: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora, Nit No: 8999999116-5. Empresa Pública. Teléfono 2223698, Fax 2220535.

Desde 18 de marzo de 1969, hasta el 30 de junio de 1973

Régimen aplicable al empleador: Disposición legal: Clase Ley No. 33 – Fecha 29-01-85.

Requisitos: Edad (años): 55, Tiempo Servicio (años): 20, Monto Porcentual 75%.

Fecha en la cual entró en vigencia para el empleador al Sistema General de Pensiones: 1º-04-94. Disposición legal Ley No. 100 Fecha: 23-12-93” (Fl. 45 cuaderno de primera instancia).

9.2.3.3. Constancia expedida el 4 de abril de 2007 por el Gerente liquidador del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora en Liquidación-, en la cual se presenta información similar a la anterior y, además, se indica:

“Que el INCORA...reconocerá y pagará directamente las pensiones de Jubilación o Vejez a los funcionarios o exfuncionarios vinculados antes del 1º de abril de 1994, cuando cumplan 55 años de edad y acrediten veinte (20) o más años de servicio al Estado a esta fecha, esto por cuanto no estaban afiliados a ninguna Entidad de Previsión Social; aun cuando con posterioridad a la citada fecha, hay cotizado al ISS.

En el evento en que se hayan afiliado a un Fondo Privado de Pensiones, éste asumirá el reconocimiento de la pensión y el Incora participará en la cuota parte de Bono pensional.

Si al Incora no le corresponde reconocer la pensión, concurrirá en la cuota parte pensional o bono respectivo, proporcional al tiempo laborado” (Fl. 48, cuaderno).

9.2.4. El apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, tanto en primera instancia como en el trámite de revisión, señaló que la entidad no estaba obligada a cotizar porque el Instituto de Seguros Sociales inició su cobertura a partir del 1º de enero de 1967, lo cual hizo de manera gradual, al punto que al municipio de San Bernardo sólo llegó desde el 1º de abril de 1994. De cara a esta justificación, conforme a lo señalado en la parte dogmática de esta decisión, la entidad no queda exenta de concurrir en la financiación de la pensión del actor, porque si bien es cierto que la cobertura del Seguro Social no fue inmediato sino que se fue ampliando de manera gradual, no es menos que el deber de aprovisionar viene desde el año 1946, cuando se le impuso a las empresas la obligación de otorgar pensión de jubilación a sus trabajadores y para ello era menester abastecerse de los recursos necesarios que le permitieran cubrir esa contingencia.

La Carta de 1991, en el artículo 1º, consagra como principios fundantes del Estado Social de Derecho el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, y en el artículo 2º señala como fines esenciales del Estado el de velar porque los principios y derechos se hagan realidad. En ese sentido, considera esta Sala que la negativa de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a proporcionar los aportes para la pensión del actor, sin duda alguna se constituye un desconocimiento a la Constitución, como a los derechos fundamentales del actor a la seguridad social y al mínimo vital. Ello en atención a las condiciones de debilidad manifiesta en que el accionante se encuentra, dada su edad, su estado de salud y la ausencia de medios para subsistir.

9.2.5. De acuerdo con el anterior panorama fáctico y jurídico, la Corte concederá el amparo

solicitado por el actor. De un lado, porque de manera indiscutible se demostró que estuvo vinculado con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia entre el 23 de abril de 1973 y el 22 de abril de 1979 y, del otro, porque durante ese período la empresa estaba obligada a aprovisionar los recursos necesarios para la pensión del accionante, de modo que, una vez se les llamara para la afiliación, pudiera girar los aportes correspondientes al tiempo de servicio y no cotizado a la seguridad social. En consecuencia, se ordenará a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia trasladar a la Administradora de Pensiones –Colpensiones- el cálculo actuarial de los aportes para pensión del señor Noriega Valencia, conforme con el salario devengado por el mismo, debidamente indexado, con el fin de que se le computen las semanas trabajadas en orden a establecer el requisito para la pensión de vejez.

9.2.6. Con relación al extinto Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora-, si bien en el certificado expedido en el año 2007 por su liquidador aceptó el compromiso con sus trabajadores y aseguró que la entidad “concurrirá en la cuota parte pensional o bono respectivo, proporcional al tiempo laborado”, no es menos cierto que a esta altura no ha realizado los aportes respectivos, o al menos eso no se demostró en esta actuación.

De otro lado, la Asesora del Ministerio de Hacienda y Crédito Público –entidad que asumió las obligaciones pensionales del Incora- a pesar de que aceptó tener el cálculo actuarial del Incora, solicitó declarar improcedente la tutela porque el actor no hizo la reclamación respectiva y, además, en su sentir, la edad y las condiciones de salud no son suficientes para considerar el caso en acción de tutela, ya que de lo contrario “estaríamos presenciando formas de desintegración de la función administrativa que, en el caso de las pensiones, despliegan las autoridades administrativas a quienes se les han confiado tal tarea y pasaríamos a un modelo de gestión pensional judicial, lo cual claramente se opone al diseño constitucional de separación de poderes con afectación del derecho superior de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones”. Al respecto, la Sala reitera lo señalado en el examen de procedibilidad formal de la acción de tutela, donde si bien en principio la acción de tutela no procede para reconocer pensiones, en determinados casos, como el que ahora nos ocupa, se ha procedido a amparar el derecho a la seguridad social, por las especiales condiciones del accionante –edad, salud y situación económica- que en este caso no fueron desvirtuadas por las entidades accionadas. En ese orden de ideas, se ordenará al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de su oficina de Bonos Pensionales que se proceda a expedir el bono correspondiente al tiempo de servicio del actor

al Incora.

9.2.7. Ahora, es cierto que el actor no acudió a Colpensiones en procura de obtener la pensión de vejez; sin embargo, esa situación en nada obstaculiza su derecho a acceder a la prestación, puesto que de haber acudido a la entidad igual hubiera obtenido respuesta negativa por no reunir, en principio, el requisito de las semanas cotizadas, circunstancia que sin duda habilitaba la acción de tutela.

Así, entonces, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones no han vulnerado el derecho del accionante, en la medida que no negaron los aportes respectivos ni la pensión de vejez, porque éste no presentó las solicitudes correspondientes. No obstante ello, en atención a las condiciones especiales del actor, las cuales se tuvieron en cuenta para la procedibilidad formal de la acción de tutela, se ordenará a las mencionadas entidades que procedan, la primera, a expedir el bono pensional, y la segunda, a reconocer y pagar la prestación.

Régimen pensional aplicable.

9.2.8. Como se indicó en la parte dogmática de esta decisión (6.2), la pensión de vejez se otorga a quienes cumplan los requisitos contenidos en la Ley 100 de 1993, la cual derogó los sistemas anteriores. Sin embargo, en la misma normatividad se estableció el régimen de transición para las personas que al entrar en vigencia esta ley reunieran uno u otro requisito de los establecidos en el artículo 36:

EDAD

TIEMPO COTIZADO

Mujeres: 35 años o más de edad.

Tener 15 años o más de servicios cotizados.

En el caso objeto de estudio, se observa que el señor Luis Arturo Noriega Valencia, según la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 22 c. ppal) nació el 18 de noviembre de 1941, tenía cincuenta y dos (52) años de edad, lo cual acredita el cumplimiento de la citada exigencia.

9.2.9. Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005 puso límite al régimen de transición, al establecer que “no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. En ese sentido, debe verificarse si en el accionante convergen de igual manera los requisitos aquí determinados.

En efecto, de la excepción consagrada en la norma se infiere que se el régimen de transición se mantendrá hasta el año 2014 para los trabajadores que al momento de entrar a regir el Acto Legislativo tengan cotizadas 750 semanas. Verificado el reporte de Colpensiones (fls. 23 y ss.) se advierte que, al 25 de julio de 2005 –fecha en que inició vigencia el acto- el accionante tenía 721.75 semanas cotizadas⁵¹, es decir, que no cumple con esta exigencia.

9.2.10. De acuerdo con lo expuesto, habrá de aplicarse el régimen ordinario contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en cuyo evento se precisan como requisitos que el trabajador cuente con 62 años de edad y 1300 semanas cotizadas. En el caso particular, se advierte que el señor Luis Arturo Noriega Valencia supera con creces la edad, en tanto, que a la fecha cuenta con 75 años y, con relación a los aportes tiene 1308 semanas, es decir, 528,85 que deben aportar el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, y 779,85 cotizadas por la empresa WHA, entre el 1 octubre de 2001 al 31 diciembre de 2006, y por el actor, como independiente, entre el 1 de enero de 2007 al 28 de febrero de 2017, sin que la entidad Colpensiones se pronunciara para consentir o no estos últimos..

9.2.11. En suma, como se acreditó que entre la empresa privada WHA, y el actor, en calidad de independiente, cotizaron 779,86 semanas, a las cuales deben sumarse aquellas que aportarán la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ordenará a Colpensiones que proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Noriega Valencia, conforme con el régimen

ordinario, contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. La pensión deberá otorgarse a partir del momento en que cumplió con las dos exigencias, esto es, febrero de 2017.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas el seis (06) de octubre de dos mil dieciséis (2016), por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en primera instancia, y el dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, en tanto declararon improcedente la acción de tutela formulada por el señor Luis Arturo Noriega Valencia. En su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor.

Segundo.- ORDENAR a Colpensiones que, (i) dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Noriega Valencia, conforme con el régimen ordinario, contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del momento en que cumplió con las dos exigencias, esto es, febrero de 2017.

Tercero.- ORDENAR a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a pagar a Colpensiones el valor correspondiente a los períodos que el accionante laboró para cada una de ellas, debidamente indexados al monto presente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e)

ROCIO LOAIZA MILLIAN

Secretaria (e.)

1 Por intermedio de apoderado.

2 Es decir: 4 años, 3 meses y 12 días

3 Liquidada esta entidad todas sus obligaciones pensionales fueron asumidas en su totalidad por la Nación, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, según el Decreto 4986 de 2007.

4 Nacido el 18 de noviembre de 1941.

5 “Artículo 140. Causales de Nulidad. El Proceso Es Nulo En Todo O En Parte, Solamente En Los Siguietes Casos: 9. Cuando No Se Practica En Legal Forma La Notificación A Personas Determinadas, O El Emplazamiento De Las Demás Personas Aunque Sean Indeterminadas, Que Deban Ser Citadas Como Partes, O De Aquellas De Deban Suceder En El Proceso A Cualquiera De Las Partes, Cuando La Ley Así Lo Ordena, O No Se Cita En Debida Forma Al Ministerio Público En Los Casos De Ley.”

6 Aplicable por remisión expresa del artículo 4º del Decreto 306 de 1992, que reglamentó el Decreto Estatutario 2591 de 1991. “Artículo 4º- De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991. Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto.”

7 Artículo 133. Causales de Nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

8 “Así, la persona que considere lesionados o amenazados sus derechos fundamentales debe acudir, en primer lugar, a las vías ordinarias idóneas de defensa para lograr la protección de aquellos y, en segundo lugar, podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable”. Sentencia T-1088 de 2005.

9 Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786/08 (M.P. Manuel José Cepeda) expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1316/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-983/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

10 Ver sentencia T-721 de 2012.

11 Sentencia T-495 de 2010.

12 Sentencia T-736 de 2013.

13 Sentencia T-549 de 2012.

14 “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las

personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

15 “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

16 “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

17 “El derecho a la vida es inviolable”.

18 Sentencia T-456 del 21 de octubre de 1994.

19 Sentencia T-016 de 2007.

20 “Art. 1º. Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación”.

21 “Artículo 1. Los individuos que hubieren desempeñado durante más de 15 años puestos en el magisterio como profesores en establecimientos públicos o privados y que tuvieran más de 70 años, tendrán derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación de ochenta pesos (\$ 80) pagaderos del erario público nacional”.

22 “A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

23 “Adán Arriaga Andrade es considerado como el padre del Derecho Laboral en Colombia. Natural de Quibdó y proveniente de una cuna humilde, se interesó por darle a la clase trabajadora colombiana un respaldo en todo lo relacionado con los beneficios sociales, asistencia médica y una política de seguridad social (...) También son de su autoría los Códigos Sustantivos y Procesal del Trabajo”. I.S.S., 60 años de seguridad social, Bogotá, 2006, pág. 37.

24 “El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley”.

25 Art. 72 Ley 90 de 1945.

26 Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950.

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

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

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

28 Sentencia T-770 de 2013.

29 Arenas Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social.

30 Evolución histórica del Seguro Social. Instituto de Seguros Sociales. Bogotá: I.S.S., 1989.

31 Sentencia C-107 de 2002.

32 Sentencia SU769 de 2014.

33 Sentencia C-789 de 2002.

34 Sentencia SU-769 de 2014.

35 Sentencia T-201 de 2012.

36 Reiterada en la C-1024 de 2004, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pero que en esencia se mantuvo la misma situación.

38 Sentencia T-814 de 2011. Este caso se trata de un trabajador al servicio de la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia, que laboró en el lapso del 15 de febrero de 1980 al 28 de febrero de 1990 como Jefe de Unidad Agropecuaria en el Urabá Antioqueño. La Embajada lo afilió al Seguro Social el 12 de abril de 1989 y realizó aportes hasta el 15 de

mayo de esa anualidad. Esa omisión de la entidad impidió que se le reconociera al actor la pensión de vejez. En este caso, la Sala Novena de Revisión se abstuvo de acoger los argumentos expuestos en la sentencia T-784 de 2010, al considerar que el precedente aplicable era el consagrado en la sentencia de control abstracto; sin embargo, con posterioridad, modificó su posición en la sentencia T-410 de 2014.

39 Sentencia C-600 de 1998: “En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia- dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas-, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y erga omnes se ha dicho por quién tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno de la Carta Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia con la Constitución -encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad- pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto”(énfasis fuera de texto).

40 Auto 370 de 2010. De acuerdo con la jurisprudencia del Pleno de la Corte, “En la cosa juzgada relativa, tenemos también dos tipos: i) Cosa juzgada relativa explícita: en los casos en que la constitucionalidad se refiere de manera clara exclusivamente frente a los cargos formulados por el demandante, pudiéndose dar un nuevo examen frente a cargos distintos y ii) Cosa Juzgada relativa implícita: que se presenta cuando no hubo un análisis integral de la exequibilidad frente a toda la Constitución o cuando se encuentra condicionada en los considerandos de la providencia, en cuyo caso puede darse un nuevo examen frente a postulados constitucionales contra los cuales no se confrontó o según sea el caso, de acuerdo a los consideraciones del fallo. ||Sobre el particular la Corte ha expresado que hay cosa juzgada relativa explícita cuando “la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma pueda ser nuevamente reexaminada en el futuro”⁴⁰. Por otro lado, será implícita cuando se produce alguno de los siguientes supuestos: (i) cuando “el análisis de la Corte esté claramente referido sólo a una norma de la Constitución o a un solo aspecto de constitucionalidad, sin ninguna referencia a otros que pueden ser relevantes para definir si la Carta Política fue respetada o vulnerada”⁴⁰, (ii) cuando la Corte restringe el

alcance de la sentencia, no de manera expresa en la parte resolutive sino a través de las consideraciones de la misma. Así, para que opere el fenómeno de la cosa juzgada relativa implícita “se requiere, en todo caso, que tal limitación se haya establecido de manera expresa por la Corte, así sea sólo en la parte considerativa, caso en el cual recibe la denominación de implícita” (Énfasis añadido).

41 De conformidad con la interpretación fijada por esta Sala, estos artículos imponen a los empleadores privados las obligaciones de reconocimiento pensional y aprovisionamiento del capital necesario para sufragar la prestación en los eventos en que se cumplan los requisitos de reconocimiento del derecho a pensión, o de traslado del aporte respectivo al encargado de sufragar la prestación (Infra 124 a 133).

42 Señaló como normas que recogen el carácter de derecho adquirido de los periodos causados para efectos pensionales, los arts. 13, literales ‘f’ y ‘g’ y 33, parágrafo 1, de la Ley 100 de 1993. Así como 13, 37,44 y 45, relacionados con las garantías sustitutivas de la pensión y 13, 66, 72 y 78 referentes devolución de aportes, que no es otra cosa que la entrega de una fracción mayoritaria de los dineros correspondientes a las cotizaciones o periodos causados; además, de la inviolabilidad de los periodos causados, que se advierte al revisar los efectos del incumplimiento en el cobro de cotizaciones adeudados por parte de la administradora.

43 Decreto que creo el Seguro de invalidez, vejez y muerte.

44 Requisito consagrado en el literal c del artículo 33 y reiterado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

45 Sentencia SU-130 de 2013.

46 Ver sentencia T-920 de 2009.

47 Sentencia SU-130 de 2013.

48 Ver copia de la cédula de ciudadanía obrante a folios 22 del cuaderno principal, y de la cual se infiere que nació el 18 de noviembre de 1941.

49 Al respecto ver T-1093 de 2012 en la cual se precisa, que para concretar el principio de

igualdad material del art. 13 de la C. Política y la garantía del derecho a acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia, el examen de las tutelas presentadas por sujetos de especial protección constitucional debe abordarse “bajo criterios amplios o flexibles, dada la tutela que la Carta concede en favor de esos colectivos y tomar en cuenta que aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”. Igualmente puede consultarse la sentencia T-079 de 2016.

50 Fl. 117 cuaderno principal

51 Se infiere de la suma de las 528,85 semanas pendientes de pago por el Ministerio de Agricultura y la Federación Nacional de Cafeteros, más 192,9 cotizadas entre 2001 y julio de 2005.