

Sentencia T-207A/18

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR RECONSTRUCCION DE HISTORIA LABORAL A EFECTOS DE RECLAMAR PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional

DEBER DE CONSERVACION DE ARCHIVOS-Obligación de las empresas de guardar la historia laboral de sus trabajadores

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia cuando afecta mínimo vital y demás derechos de personas de la tercera edad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Alcance y contenido

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección constitucional

DERECHO AL HABEAS DATA-Fundamental autónomo

DERECHO AL HABEAS DATA EN TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES-Principios y garantías constitucionales

(i) principio de libertad, de acuerdo con el cual los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo y expreso del titular; (ii) principio de necesidad por el cual los datos personales que se registran deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades que ostente la base de datos respectiva; (iii) principio de veracidad, que indica que los datos personales deben obedecer a circunstancias reales, no habiendo lugar a la administración de datos falsos o erróneos; (iv) principio de integridad que prohíbe que la divulgación o registro de la información, a partir del suministro de datos personales, sea incompleta, parcial o fraccionada; (v) principio de finalidad, por el que el acopio, procesamiento y divulgación de datos personales debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima definida de

manera clara y previa; (vi) principio de utilidad, que prescribe la necesidad de que el acopio, procesamiento y divulgación de datos cumpla una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; (vii) principio de incorporación, por el cual deben incluirse los datos de los que deriven condiciones ventajosas para el titular cuando éste reúne los requisitos jurídicos para el efecto, y (viii) principio de caducidad que prohíbe la conservación indefinida de datos después de que han desaparecido las causas que justificaban su administración.

HABEAS DATA-Posibilidad de ejercerlo cuando se presenta inexactitud en historia laboral para solicitar pensión de vejez

TRAMITE PARA LA RECONSTRUCCION DE EXPEDIENTE-Procedimiento y necesidad de reconstruir un expediente cuando ha sido extraviado o destruido

En todo proceso o actuación administrativa debe existir un expediente con base en el cual se pueda determinar lo necesario para proferir una decisión de fondo; sin embargo, es posible que por diferentes circunstancias el expediente o parte del mismo se extravíe. Para dar solución a esta situación, la legislación ha establecido el proceso de reconstrucción de expediente, normado, en términos generales, en el Código General del Proceso, artículo 126.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Formulario CLEBP para certificar tiempos de servicios y factores salariales para la emisión de bonos pensionales y/o reconocimiento pensional

DERECHO FUNDAMENTAL AL HABEAS DATA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Vulneración por Alcaldía al no haber culminado reconstrucción de historia laboral de accionante y negarse a expedir certificados en formato CLEBP requeridos para la emisión de bono pensional

SISTEMA PENSIONAL EN COLOMBIA-Evolución

PENSION DE VEJEZ-Reconocimiento conforme al Acuerdo 049 de 1990

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

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS Y DEBER DE APROVISIONAMIENTO DE
LOS EMPLEADORES-Jurisprudencia constitucional

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS Y DEBER DE APROVISIONAMIENTO DE
LOS EMPLEADORES-Posición del Consejo de Estado

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS Y DEBER DE APROVISIONAMIENTO DE
LOS EMPLEADORES-Posición de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de
vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990

DERECHO FUNDAMENTAL AL HABEAS DATA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA DE LA
TERCERA EDAD-Orden a Alcaldía realizar reconstrucción total de expediente laboral de
accionante y adoptar decisión definitiva respecto a expedición de certificados CLEBP
requeridos para la emisión de bono pensional

Expediente T-6.333.661

Demandante:

Orlando Antonio Fandiño Caro

Demandado:

Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) – Oficina de Talento Humano

Expediente T-6.350.884

Demandante:

Jaime Alberto Ballesteros

Demandados:

COLPENSIONES y Acerías Paz del Río SA

Magistrado Sustanciador:

Bogotá DC, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los siguientes fallos proferidos en segunda instancia, así:

EXPEDIENTE

PRIMERA INSTANCIA

SEGUNDA INSTANCIA

T-6.333.661

Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena), 7 de marzo de 2017, concedió el amparo.

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena), 20 de abril de 2017, confirmó fallo y modificó numeral segundo.

T-6.350.884

Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá DC, 9 de junio de 2017, declaró improcedencia.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC -Sala Penal, 31 de julio de 2017, confirmó fallo.

Estos procesos fueron escogidos para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte Constitucional, mediante autos de 14 y 26 de septiembre de 2017, y

repartidos a la Sala Cuarta de Revisión, hoy Sala Quinta de Revisión. Por presentar unidad de materia, en lo relacionado con la vulneración al derecho a la seguridad social, se ordenó su acumulación, para que fueran decididos en una misma sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-6.333.661

1.1. Reseña fáctica y pretensiones

El accionante Orlando Antonio Fandiño Caro narró los hechos de la demanda, en síntesis, así:

- Cuenta con 71 años de edad y no ha podido disfrutar de su derecho a la pensión de vejez, por ausencia del bono pensional que certifique el tiempo laborado en Empresas de Servicios Municipales de Ciénaga (Magdalena), entidad en la que trabajó desde el 1° de febrero de 1994 hasta el 22 de diciembre de 2000, como consta en la certificación expedida por la gerente liquidadora de esa entidad y en el acta de posesión.
- Mediante Resolución 2211 del 11 de noviembre de 2011, el municipio de Ciénaga le pagó las acreencias laborales a las que tenía derecho por ese período, en cumplimiento de orden judicial.
- En cuanto a los aportes en seguridad social en Pensión, estos no se encuentran debidamente acreditados en su historia laboral de la base de datos de COLPENSIONES. Por lo que, el 8 de noviembre de 2016, presentó una petición ante la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) solicitando la reconstrucción de su expediente laboral y certificación del tiempo laborado.
- En respuesta a su petición, mediante resolución 037 del 12 de enero de 2017, la entidad demandada resolvió reconstruir su expediente laboral, reconociendo el tiempo laborado entre el periodo del 1° de febrero de 1994 hasta 22 de diciembre de 2000. No obstante lo anterior, sólo ordenó la expedición de las certificaciones simples de los años 1994, 1998 y 1999.

Manifestó que requiere la expedición de todas las certificaciones laborales que contengan

tiempo y salario en los formatos CLEBP a fin de lograr la inclusión del bono pensional, documento que le permitirá reclamar su derecho a la pensión de vejez.

Por lo expuesto, mediante acción de tutela presentada el 21 de febrero de 2017, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al habeas data, a la seguridad social, a la salud, al mínimo vital y a la vida. En consecuencia, pretende que se le ordene a la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) -Oficina de Talento Humano- la reconstrucción de su historia laboral y la expedición de las certificaciones laborales que contengan tiempo y salario en los formatos CLEBP, a efectos de que pueda reclamar su pensión de vejez.

1.2. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Fueron aportadas al trámite de tutela las siguientes pruebas de origen documental, en copias simples[1]:

- Certificación laboral del 15 de agosto de 2007, expedida por la gerente liquidadora de Empresas Públicas Municipales de Ciénaga (Magdalena) en la que consta que Orlando Antonio Fandiño Caro laboró en esa empresa entre el 1° de febrero de 1994 hasta el 22 de diciembre de 2000, en el cargo de supervisor de corte, con una asignación mensual de \$128.000 (folio 8).
- Acta de posesión de Orlando Fandiño, fechada el 1° de febrero de 1994, en el cargo de supervisor de corte, con una asignación mensual de \$128.000 (folio 9).
- Formularios de autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, empleador Empresas Públicas Municipales de Ciénaga (folios 10 al 12).
- Liquidación laboral definitiva de la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Ciénaga (Magdalena), de fecha 30 de marzo de 2001, firmada por el gerente (e) y el jefe Departamento de Presupuesto y Contabilidad, con fecha de ingreso: enero 01 de 1994, fecha de retiro: diciembre 11 de 2000 y sueldo básico de \$435.797 (folio 13).
- Respuesta del 4 de diciembre de 2013 emitida por la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) dirigida al accionante en la que le informa que “se constató que NO reposan documentos (nóminas) de las extintas Empresas Públicas Municipales, por lo tanto no es posible expedir certificación laboral con el periodo anotado”

(folio 16).

- Petición presentada 8 de noviembre de 2016 ante la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena), solicitando la reconstrucción de su historia laboral y la expedición de las certificaciones laborales que contengan tiempo y salario en los formatos CLEBP (folios 17 al 22).
- Resolución 037 del 12 enero de 2017, por la cual se declara reconstruido el expediente laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro, en el periodo del 1° de febrero de 1994 hasta 16 de noviembre 2000 y ordena expedir certificaciones laborales y salariales simples correspondientes a los años 1994, 1998 y 1999 (folios 23 al 27).
- Certificación laboral expedida por la Gobernación del Magdalena, en formato CLEBP por los tiempos laborados en EMPOMAG del 11 de abril de 1980 hasta 29 de mayo de 1989 (folios 28 al 35).
- Cédula de Ciudadanía del peticionario (folio 36).

1.3. Respuesta a la acción de tutela

1.3.1. Mediante auto del 24 de febrero de 2017, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena) admitió la acción de tutela y corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran acerca de los supuestos de hecho que motivaron la solicitud de amparo.

1.3.2. El 3 de marzo de 2017, el secretario administrativo de la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) se opuso a las pretensiones, en los siguientes términos:

“Que muy a pesar que el accionante busque a través de esta herramienta activar el aparato judicial y agilizar o adelantar un pronunciamiento definitivo sobre la reconstrucción de expediente que solicita, se encuentra la administración en términos para el pronunciamiento en firme del recurso de apelación, toda vez que ya fue resuelto a través de resolución 115 de fecha 07 de febrero de 2017 recurso de reposición, notificado el día 09 de febrero de 2017, enviándose al superior en subsidio del de apelación para que la resolviera.”

1.4. Decisión judicial que se revisa

1.4.1. El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena), mediante sentencia del 7 de marzo de 2017, resolvió amparar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al habeas data invocados por el accionante y, en consecuencia, ordenó a la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena): (i) la reconstrucción total de la historia laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro, certificando todos los años laborados, con base en los documentos aportados como prueba de la relación laboral existente y (ii) la expedición de las respectivas certificaciones laborales y de salarios en los formatos CLEBP.

1.4.2. La entidad accionada impugnó el fallo, afirmando que se ha adelantado el trámite correspondiente para la reconstrucción del expediente de la historia laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro. Adujo que el Juez de Primera Instancia se extralimitó al impartir la orden de agilizar o adelantar el trámite del recurso interpuesto, lo cual “obliga al accionado a resolver favorablemente el recurso de reposición interpuesto (...)”. Explicó que la Administración Municipal debe ajustarse a la Ley y a la documentación existente para la reconstrucción laboral requerida, en los siguientes términos:

“Como se ha venido sosteniendo en los trámites administrativos de reconstrucción de expedientes que se han presentado, esta administración está imposibilitada para la Creación del Formato CLEBP por cuanto se desconoce mucha de la información salarial de las antiguas Empresas Públicas Municipales y aunque las presunciones legales existen, estas no se pueden aplicar a los salarios que se devengan en el país.”

“(...) No puede esta administración presumir los salarios de la época toda vez que se desconocen los rangos a los que se acogieron.”

“(...) El formato CLEBP que pretende el accionante en el trámite de reconstrucción de expedientes no puede ser creado en periodos intercalados, puesto que desconoceríamos los documentos que soportan vinculaciones laborales sin especificación de salarios, es decir, estos periodos quedarían en valor de \$0.00 dando a entender que en estos tiempos no hubo vinculación laboral aun cuando sí existe constancia de esta.”

Adicionalmente, allegó copia de las Resoluciones 115 del 7 de febrero de 2017 (que

resuelve recurso de reposición) y 357 del 21 de marzo de 2017 (que resuelve recurso de apelación).

1.4.3. El 19 de abril de 2017, la escribiente del ad quem se comunicó con el accionante para preguntarle si la accionada le había dado cumplimiento a la Resolución 357 del 21 de marzo de 2017. Sobre el particular, respondió que sí conoce dicha resolución pero que, a la fecha, no le habían entregado las certificaciones laborales y de los salarios en los formatos CLEBP que necesita para emisión de los bonos pensionales (obra folio 38 del cuaderno 2).

Mediante providencia de segunda instancia proferida el 20 de abril de 2017, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena) confirmó el numeral primero y modificó el numeral segundo del fallo del a quo, en los siguientes términos:

“MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia impugnada, disponiendo como orden al MUNICIPIO DE CIÉNAGA – ALCALDÍA MUNICIPAL- que en el plazo de quince días siguientes a la notificación del fallo, se analice y concrete en la decisión de fondo, en forma fundada, si los soportes allegados por el tutelante, los recolectados en las bases de datos o certificaciones provenientes de las entidades de seguridad social, judiciales u otros medios de prueba, permita [sic] RECONSTRUIR TOTALMENTE la historia laboral del señor ORLANDO ANTONIO FANDIÑO CARO, expidiendo así las certificaciones en los formatos CLEBP, si así se concluyere.”

1.5. Escrito allegado en sede de revisión de la acción de tutela

El 23 de noviembre de 2017, el accionante presentó un escrito con el fin de brindar información actualizada, del cual la Sala extrae lo siguiente:

- El actor cuenta con 73 años, actualmente, toda vez que nació el 23 de enero de 1945 y es beneficiario del régimen de transición, dado que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con 49 años de edad.
- Laboró en el sector público desde el 11 de abril de 1980 hasta el 22 de diciembre de 2000, para un total de 824.71 semanas de servicios.
- La Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) no ha reconstruido la historia laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro y no ha expedido las respectivas certificaciones laborales

y de salarios en los formatos CLEBP del periodo laborado en la extinta ESP Municipales de Ciénaga (Magdalena), correspondiente a 354 semanas.

- Sobre su actual situación económica explicó que “no se encuentra laborando actualmente, no recibe salario ni pensión, su fuente de ingreso es la ayuda de familiares, con la que sortea sus gastos de comida, vive en casa familiar, no es dueño de bienes muebles o inmuebles, convive con su esposa que tiene 70 años, la cual depende de él, su relación de gastos es impredecible porque no tiene una base en que calcular, ya que no cuenta con ingresos fijos, sus gastos están limitado a las ayudas de familiares que reciben, quienes se encargan de pagar servicios públicos y alimentos”[2].

- Sobre su estado de salud informó que “está padeciendo problemas de visión, está siendo valorado por los servicios de optometría (...) donde le han dado los siguientes diagnósticos: pterigion, catarata senil nuclear, cicatrices coriorretinarias, ceguera de un ojo”[3].

Con el objeto de que obren como pruebas dentro del expediente, el actor aportó los siguientes documentos[4]: declaración extrajuicio sobre su situación económica actual, consulta de puntaje Sisbén del peticionario y su cónyuge, historia clínica, petición de revocatoria de Resolución 357 de 2017, actos administrativos emitidos por la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena): Resolución 1835 de 2017, Auto del 4 de julio de 2017, actuación sin número del 17 de julio de 2017; memorial de impulso y celeridad a incidente de desacato, de fecha 21 de septiembre de 2017; cédula de ciudadanía de su cónyuge, partida de matrimonio y afiliación RUAF del peticionario.

2. Expediente T-6.350.884

2.1. Reseña fáctica y pretensiones

El accionante Jaime Alberto Ballesteros, a través de apoderado narró los hechos de la demanda, en síntesis, así:

- Nació el 9 de agosto de 1940 (78 años, actualmente) y laboró más de 20 años para diferentes empresas del sector privado.

- Es beneficiario del régimen de transición, dado que al entrar en vigencia la Ley 100

de 1993 contaba con 53 años de edad y adquirió su estatus pensional en el año 2000, al cumplir los requisitos de la edad (60 años) y contar con 20 años de servicios[5].

- En el año 2006, el ISS (hoy COLPENSIONES) le reconoció una indemnización sustitutiva de pensión por un valor de \$3´769.886.

- El 16 de enero de 2017, la Administradora Colombiana de Pensiones -en adelante COLPENSIONES- le negó la solicitud de pensión dado que tenía un total de 520,58 semanas cotizadas, sin tener en cuenta las 643,1 semanas correspondientes al periodo laborado para Acerías Paz del Río SA (del 25 de septiembre de 1953 al 6 de junio de 1966), toda vez que la empresa omitió el deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez, en virtud de que -para la época en que el trabajador prestó sus servicios- no estaba obligado a realizar aportes para dicha prestación, por lo que no lo afilió al sistema de seguridad social y nunca hizo los respectivos aportes.

Manifestó que padece de delicados quebrantos de salud, razón por la cual ha sido intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones. Adicionalmente, puso de presente que su situación económica es precaria dado que no cuenta con ingresos mensuales que le permitan cubrir sus gastos de subsistencia y los de su esposa (también de la tercera edad) y que, en la actualidad, depende de su hija quien le brinda vivienda y alimentación y, a su vez, lo tiene afiliado al sistema de seguridad social en salud, en calidad de beneficiario.

Por lo expuesto, mediante acción de tutela presentada el 24 de mayo de 2017, solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensión, al mínimo vital, a la salud y a la vida en condiciones dignas. En consecuencia, pretende que se ordene a COLPENSIONES que reconozca y pague la pensión de vejez.

2.2. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

Fueron aportadas al trámite de tutela, las siguientes pruebas de origen documental, en copias simples[6]:

- Cédula de Ciudadanía del accionante y su esposa (folios 15 y 17).
- Certificado de matrimonio expedido por la parroquia de San José en Sogamoso (folio 16).

- Historia clínica de Jaime Alberto Ballesteros sobre los padecimientos denominados “trastorno de disco cervical con radiculopatía”, “estenosis del canal neural por tejido conjuntivo”, “estenosis espinal”, procedimiento quirúrgico hospitalario de “discectomía cervical anterior e injerto” (folios 18 al 24, 27 al 46 y 81).
- Declaración extrajuicio sobre situación económica, rendida el 20 de octubre de 2016, firmada por el peticionario y su cónyuge, en la que manifiestan “no trabajamos, no recibimos ingresos, ni pensión, ni subsidio, ni rentas de ninguna entidad pública o privada y en la actualidad dependemos económicamente de mi hija (...)” (folios 25 y 26).
- Oficio del 28 de julio de 2016 en el que Acerías Paz del Río SA responde petición presentada el 1º de junio de 2016, aceptando que no efectuó aporte alguno en favor del accionante durante su vinculación, dado que la cobertura del ISS inició a partir del 1º de enero de 1967 (folio 48).
- Certificación laboral del 1º de septiembre de 2016, expedida por la empresa Acerías Paz del Río SA, a favor de Jaime Alberto Ballesteros, en la que consta el tiempo laborado desde el 25 de septiembre de 1953 hasta 2 de junio de 1966 (folio 47).
- Petición del 28 de octubre de 2016, suscrita por Jaime Alberto Ballesteros, elevada a Acerías Paz del Río SA, solicitando el aprovisionamiento pensional de los periodos laborados con anterioridad a la entrada en vigencia del ISS (folios 73 al 78).
- Historia laboral expedida por COLPENSIONES, con reporte de semanas cotizadas (folios 49 y 50).
- Resolución 004651 de 2006, por la cual el ISS concede “indemnización sustitutiva de pensión de vejez”, liquidada sobre 504 semanas (folio 51).
- Petición del 18 de noviembre de 2016, presentada por la apoderada del accionante ante COLPENSIONES, solicitando el reconocimiento y pago de pensión de vejez (folios 52 al 59).
- Resolución GNR 9858 del 16 de enero de 2017, mediante la cual COLPENSIONES negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por Jaime Alberto Ballesteros, por no cumplir con los requisitos del Decreto 758 de 1990 y de la Ley 100 de 1993 y sus

modificaciones (folios 60 al 63).

- Recursos de reposición y apelación presentados contra la Resolución GNR 9858 del 16 de enero de 2017 (folios 64 al 68).
- Resolución SUB 2959 del 8 de marzo de 2017 que confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución GNR 9858 de 2017 (folios 69 al 72).

2.3. Respuesta a la acción de tutela

Mediante auto del 25 de mayo de 2017, el Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá DC admitió la acción de tutela, vinculó a Acerías Paz del Río SA y corrió traslado a las accionadas para que se pronunciaran acerca de los supuestos de hecho que motivaron la solicitud de amparo.

2.3.1. El 31 de mayo de 2017, el apoderado de Acerías Paz del Río SA solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no existe violación o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, por desconocimiento de los principios de inmediatez (pretensión negada desde el 2005 por el ISS), subsidiariedad (al tratarse de un conflicto legal que requiere material probatorio) y por versar sobre temas netamente económicos. Adicionalmente, alega la prescripción de los derechos crediticios del reconocimiento pensional del 2005.

En cuanto a la inexistencia de obligación de aportar al sistema, manifestó que durante la vigencia de la relación laboral (1953-1966) no existió obligación alguna de carácter pensional a cargo de Acerías Paz del Río SA; por lo que “la Empresa en su calidad de ex-emplador cumplió de manera total y oportuna con las obligaciones legales vigentes”[7].

2.3.2. El 2 de junio de 2017, el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de COLPENSIONES solicitó que la acción tutelar sea declarada improcedente por el desconocimiento de su carácter subsidiario.

2.4.1. El Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá DC, mediante sentencia del 9 de junio de 2017, declaró la improcedencia de la acción de tutela invocada, tras considerar que la pretensión es de rango legal y debe ser controvertida en la jurisdicción ordinaria, al tratarse de liquidar y ordenar el pago de pensiones y definir la controversia

respecto del número de semanas cotizadas.

Adicionalmente, consideró que no existe elemento material probatorio que logre acreditar (i) el estado de indefensión del accionante, (ii) el tiempo laborado en Acerías Paz del Río SA y, por tanto, el periodo en que no se hicieran los respectivos aportes y (iii) la afectación al mínimo vital del accionante.

2.4.2. El accionante, a través de apoderado, impugnó el fallo, afirmando que (i) existen pruebas de la situación precaria en que vive y que le impiden acudir a la jurisdicción ordinaria (tener 76 años de edad, declaración extrajuicio sobre la falta de ingresos, serias afectaciones a su salud); (ii) la empresa Acerías Paz del Río SA debió realizar los aprovisionamientos económicos de aportes pensionales para hacer las transferencias al ISS una vez la entidad hiciera el llamado de afiliación y (iii) COLPENSIONES ha debido realizar las gestiones de cobro correspondientes.

2.4.3. Mediante providencia del 31 de julio de 2107, la Sala de Decisión de tutela del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia, considerando que se trata de una controversia que debe ser resuelta por la jurisdicción ordinaria y, por lo tanto, la tutela de la referencia no cumple con el requisito de subsidiariedad previsto por la Constitución y la ley.

2.5. Escritos allegados en sede de revisión de la acción de tutela

2.5.1. El 27 de noviembre de 2017, el Director de Acciones Constitucionales con funciones asignadas de Jefe de Oficina Asesora de Asuntos Legales de COLPENSIONES presentó un escrito de intervención con el fin de explicar los criterios jurídicos utilizados para dar aplicación al precedente constitucional, particularmente, en relación con el régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993 y sus reglas básicas fijadas en la SU-130 de 2013; la naturaleza y finalidad del régimen pensional consagrado en el Decreto 758 de 1990; la obligación de afiliar por parte del empleador, el cálculo actuarial por omisión de afiliación; de la vigencia del contrato de trabajo al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Al respecto, concluyó que, para el presente caso, teniendo en cuenta que el vínculo laboral del accionante terminó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y su empleador no había sido llamado por el ISS, “COLPENSIONES no tiene ningún fundamento legal para reconocer prestación alguna, siendo así que no procede la

liquidación y pago del cálculo actuarial por omisión de afiliación, en la medida que no surgió para el empleador la obligación de afiliar y cotizar al sistema pensional administrado por el ISS"[8].

En lo que se refiere al caso en concreto, (i) solicitó la declaración de nulidad en consideración a que el proceso no fue notificado a la empresa Acerías Paz del Río SA; (ii) consideró que COLPENSIONES no está legitimada en la causa por pasiva, en la medida en que el amparo demandado se encuentra encaminado a la expedición de título pensional por parte de la empresa Acerías Paz del Río SA y (iii), por último, solicitó que se profiera una sentencia de unificación de jurisprudencia respecto de la obligación de aprovisionamiento de aportes, frente a vinculaciones antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, que incluya un pronunciamiento expreso sobre aquellas situaciones en las cuales no existía cobertura del ISS o un llamamiento a la afiliación.

Con el objeto de que obren como pruebas dentro del expediente aportó los siguientes documentos: historia laboral actualizada al 23 de octubre de 2017 y certificado de nómina de pensionados, pago indemnización de vejez[9].

2.5.2. El 11 de diciembre de 2017, el representante legal de la empresa accionada Acerías Paz del Río SA reiteró los argumentos que reflejan la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que el accionante reclama el pago de aportes al sistema de seguridad social por un periodo comprendido entre 1953 y 1966, "evento que transgrede el principio de inmediatez propio de las acciones de tutela", al tratarse de hechos "ocurridos hace más de 60 años".

Adicionalmente, afirmó que el accionante no ha acudido al mecanismo judicial idóneo y eficaz de la jurisdicción laboral ordinaria para reclamar los aportes solicitados, "evidenciando así la pasividad absoluta de su parte".

Concluyó que "las pretensiones del accionante son de estricta naturaleza legal y no de orden constitucional, no buscan proteger derecho fundamental alguno, persigue resolver una situación de orden legal y evadir un proceso ordinario que pudo haber incoado hace más de 60 años"[10].

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar las sentencias que decidieron las controversias dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo dispuesto en los autos de 14 y 26 de septiembre de 2017, proferidos por la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de la Corte Constitucional que ordenó la selección y respectiva acumulación.

2. Verificación, en conjunto, del cumplimiento de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela acumuladas que se revisan

La Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Sin embargo, estas características no relevan del cumplimiento de unos requisitos mínimos para que la acción de tutela proceda, a saber: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) inmediatez; y (v) subsidiariedad.

En consecuencia, de manera preliminar, la Sala analizará, en forma conjunta para los dos asuntos acumulados, si resultan procedentes las acciones de tutela instauradas por Orlando Antonio Fandiño Caro contra la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) – Oficina de Talento Humano (T-6.333.661) y por Jaime Alberto Ballesteros contra COLPENSIONES y Acerías Paz del Río SA (T-6.350.884).

2.1. Legitimación en la causa por activa

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona, cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el Legislador, y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva.

La Sala observa que (i) Orlando Antonio Fandiño Caro (T-6.333.661) presentó la acción de tutela de manera directa y (ii) en el escrito de tutela se indica que Jaime Alberto Ballesteros (T-6.350.884), actúa a través de apoderada judicial, según poder que reposa en el expediente[11].

En consecuencia, se constata el cumplimiento de este requisito de procedibilidad.

2.2. Legitimación en la causa por pasiva

La legitimación pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada; trátase de una autoridad pública o de un particular, según el artículo 86 superior[12].

En cuanto al expediente T-6.333.661, la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) es una entidad pública que, presuntamente desconoce los derechos al habeas data y a la seguridad social del accionante y, en consecuencia, puede ser demandada a través de acción de tutela. En cuanto al expediente T-6.350.884, la acción es presentada por la presunta vulneración al derecho fundamental a la seguridad social, contra COLPENSIONES, en calidad de administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el accionante, y contra la empresa Acerías Paz del Río SA (vinculada), en calidad de ex empleador del peticionario.

En conclusión, la Sala constata el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por pasiva.

2.3. Trascendencia iusfundamental del asunto

Esta Corporación[13] ha señalado que este requisito objetivo de procedibilidad se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental.

En cuanto a este aspecto, la Sala encuentra que el debate jurídico de los asuntos acumulados radica en la posible vulneración del derecho fundamental a la seguridad social de los accionantes, (i) por la falta de diligencia en la custodia, conservación y administración de los archivos e información contenida en las bases de datos, relacionadas

con la historia laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro (T-6.333.661) y (ii) por la omisión del deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez, a cargo de Acerías Paz del Río SA, a favor de Jaime Alberto Ballesteros (T-6.350.884).

Así las cosas, resulta evidente que los asuntos en discusión se encuentran inmersos en una controversia iusfundamental y, dada esa importancia constitucional, para la Sala es claro que los procesos objeto de revisión de la referencia también se ajustan a lo establecido por esta Corporación respecto de la exigencia en cuestión.

2.4. Principio de inmediatez

La acción de tutela debe ser ejercida en un plazo razonable, contado a partir del momento en que ocurre la vulneración del derecho fundamental, con el fin de asegurar que no haya desaparecido la necesidad de proteger dicho derecho y, en consecuencia, evitar que se desnaturalice la acción de tutela[14].

2.4.1. En el caso de Orlando Antonio Fandiño Caro (T-6.333.661), la respuesta presuntamente vulneradora de los derechos fundamentales del accionante es la Resolución 037 del 12 de enero de 2017 y la tutela fue presentada el 21 de enero de 2017, plazo más que razonable para presentar la acción.

2.4.2. En el caso de Jaime Alberto Ballesteros (T-6.350.884), la Sala advierte que (i) mediante la Resolución 004651 de 2006, el ISS concedió indemnización sustitutiva de pensión de vejez; (ii) la respuesta negativa de COLPENSIONES presuntamente vulneradora de los derechos fundamentales del accionante es la Resolución GNR 9858 del 16 de enero de 2017 y la tutela fue incoada el 24 de mayo de 2017 y (iii) el no pago de aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social a cargo de Acerías Paz del Río SA, trunca sus posibilidades de cumplir con el requisito del tiempo necesario para adquirir una pensión de vejez, a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Esta Corporación ha sido enfática en reconocer el carácter imprescriptible e irrenunciable que tiene el derecho a la seguridad social y sus derechos prestacionales periódicos, como es el caso de los aportes a pensión en el Sistema General de Seguridad Social[15]. Al respecto, ha precisado en reciente providencia[16] lo siguiente:

“(…) en virtud de su naturaleza, los derechos prestacionales, como las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, son imprescriptibles[17]. Es decir, pueden ser reclamados en cualquier tiempo, por lo que se descarta la posibilidad de que un juez se abstenga de reconocerlos bajo el argumento de que la acción de tutela resulta improcedente por razones de inmediatez, al no haber sido instaurada en un término razonable, pues tales derechos siempre serán actuales.[18] (Negrilla fuera del texto original).”

Cabe precisar que el derecho a cobrar las mesadas pensionales sí puede someterse al fenómeno de la prescripción, porque ello no atenta contra el derecho fundamental a la seguridad social y propicia un ambiente de seguridad jurídica, lo cual beneficia a los dos extremos de la relación laboral[19]. En otras palabras, la imprescriptibilidad de la pensión se predica del derecho considerado en sí mismo, pero no de las prestaciones periódicas o mesadas que él implica y que no han sido cobradas, las cuales se encuentran sometidas a la regla general de prescripción de las acreencias laborales, que es de 3 años, según el Código Sustantivo del Trabajo[20].

Ahora bien, la Sala observa que el caso particular y concreto se enmarca, sin dificultad alguna, en la referida regla constitucional y, bajo tal pauta jurisprudencial, considera que se trata de un reclamo que puede efectuarse en cualquier tiempo, debido al carácter imprescriptible del derecho pensional involucrado, esto es, la pensión de vejez.

Adicionalmente, la afectación del derecho fundamental a la seguridad social es continua y actual, por lo siguiente:

- El 16 de enero de 2017, COLPENSIONES negó la solicitud de pensión, dado que tenía un total de 520,58 semanas cotizadas, sin tener en cuenta las 643,1 semanas correspondientes al periodo laborado para Acerías Paz del Río SA (del 25 de septiembre de 1953 al 6 de junio de 1966).
- Esa situación trunca sus posibilidades de cumplir con el requisito de tiempo necesario para adquirir una pensión de vejez, a la luz del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ante la eventual omisión de la empresa accionada al deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez.

En vista de lo expuesto y al igual que en el caso de los tres requisitos analizados en

precedencia, la Sala también halla satisfecha la exigencia de inmediatez.

2.5. Subsidiariedad

Sobre el particular, la Corte ha reiterado en distintas oportunidades que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o cuando, habiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[21]. En desarrollo de ello, este Tribunal ha precisado que la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto[22], pues la acción tutelar no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común[23].

No obstante lo anterior, la existencia de otro medio judicial no excluye per se la posibilidad de conocer una acción de tutela, siempre y cuando se verifique que los supuestos procesales y personales del interesado cumplen con las condiciones excepcionales para obtener la protección requerida, ya sea por la urgencia del caso, o por la falta de idoneidad de los otros medios de defensa judicial. Por las mencionadas razones la acción de tutela es procedente en tanto actúa como un mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable[24].

Además de lo expuesto, se hace necesario precisar que, de manera reiterada, la Corte ha considerado que cuando el titular del derecho en discusión es una persona de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, se permite otorgarle un tratamiento especial y preferente respecto de los demás miembros de la sociedad, ya que someterla a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales[25] y esto en consideración a su limitación para obtener un empleo que le permita solventar sus necesidades económicas y a su particular deterioro en la salud.

A partir de lo anterior, las personas de la tercera edad deben ser beneficiarios de mayores garantías que les permitan el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Al respecto esta Corporación ha señalado que procede la acción de tutela de manera definitiva cuando, conforme al análisis de las circunstancias particulares de cada caso en concreto, se

concluye que los mecanismos judiciales ordinarios no son idóneos. Cabe agregar que el amparo definitivo deviene de la certeza del cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación económica, lo cual debe encontrarse demostrado.

2.5.1. Para determinar la procedibilidad de la acción de tutela contenida en el expediente T-6.333.661, se anotará que en este caso se está frente a una posible vulneración del derecho al habeas data del accionante, porque la entidad demandada alega que en sus archivos no reposa la información de la historia laboral del accionante, es decir, hay cuestionamientos sobre el acceso, la conservación, la corrección, la integridad y la certificación de los datos de su historia laboral.

De acuerdo con el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, en los eventos en que ha desaparecido la información sobre el tiempo de servicio o el salario, el interesado debe acudir a la jurisdicción laboral ordinaria. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la procedibilidad de la tutela si concurren indicios de la existencia de una relación laboral o su periodo de duración, tratándose -particularmente- de situaciones relacionadas con el acceso a la pensión de vejez[26]. Así, en el caso subexamine, el accionante ha aportado los documentos suficientes que dan cuenta del vínculo laboral, tales como: certificación laboral del tiempo servido, su acta de posesión, tres formatos de autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social en salud (ISS) y la liquidación laboral definitiva de la empresa de servicios públicos, con los cuales solicita la expedición de certificados laborales en los formatos CLEBP, requeridos por COLPENSIONES para iniciar los trámites de la pensión de vejez.

Adicionalmente, se observa que (i) el accionante es un adulto mayor de 73 años de edad[27], (ii) se encuentra en una precaria situación económica ya que no cuenta con ingresos fijos, no tiene inmuebles, (iii) está clasificado en el Sisbén con un puntaje de 19,50[28] y, (iv) como afirma en sus escritos, carece de ingresos estables que aseguren su subsistencia y la de su cónyuge, quien también es adulto mayor de 70 años, y reciben algo de ayuda de familiares[29]. Así mismo, (v) se observa que el actor ha desplegado la actividad administrativa que le hubiere permitido obtener la reconstrucción de su expediente laboral y la expedición de los formatos CLEBP requeridos para acceder a su pensión de vejez e hizo uso de los recursos de reposición y apelación, oportunamente.

En consecuencia, imponerle la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria -lo que para su caso en particular resulta desproporcionado- retardaría aún más la aclaración de los datos laborales que solicita para obtener la certificación requerida e iniciar los trámites de la pensión de vejez y, eventualmente, acceder a las pretensiones de seguridad social que urgentemente necesita para asegurar la subsistencia y vida digna suya y de su núcleo familiar.

2.5.2. Para determinar la procedibilidad de la acción de tutela contenida en el expediente T-6.350.884, se anotará que en este caso se está frente a una posible vulneración del derecho a la seguridad social de Jaime Alberto Ballesteros, dado que COLPENSIONES negó el reconocimiento y el pago de su pensión de vejez, por cuanto su empleador omitió el deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para la pensión de vejez, bajo el argumento de que para la época en que el trabajador prestó sus servicios no estaba obligado a cotizar para dicha prestación.

A propósito de lo anterior, resulta preciso indicar que (i) el accionante es un adulto mayor de 77 años de edad[30], que no puede acceder al mercado laboral; (ii) su situación económica es precaria dado que no cuenta con ingresos mensuales que le permitan cubrir sus gastos de subsistencia y los de su esposa, que también es adulta mayor de 76 años; (iii) tiene un puntaje de clasificación de 26,74 en el Sisbén[31]; y, (iv) en la actualidad, depende de su hija, quien le brinda vivienda y alimentación y lo tiene afiliado al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario. Dado que su sostenimiento económico es precario, le resulta imposible, por los costos que ello representa, acudir a la justicia ordinaria laboral. Adicionalmente, (v) presenta delicados quebrantos de salud, por lo que ha sido intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones y tiene controles constantes de neurología.

De otra parte, (vi) la Sala observa que el actor ha desplegado la actividad administrativa que le hubiere permitido obtener la pensión de vejez (solicitud ante el ISS en 2005, peticiones ante COLPENSIONES y Acerías Paz del Río SA), e hizo uso de los recursos de reposición y apelación ante COLPENSIONES, oportunamente.

En el marco de la situación fáctica objeto de estudio, la Sala concluye que los medios ordinarios de defensa judicial resultan ineficaces, en razón de la compleja situación personal

y laboral del accionante. Así las cosas, las circunstancias que rodean a Jaime Alberto Ballesteros exigen una respuesta impostergable orientada a que cese la vulneración de su derecho a la seguridad social. Por consiguiente, es procedente la acción de tutela, pues en este caso, someter al actor a esperar los resultados de un proceso judicial resulta desproporcionado.

En conclusión, la Sala Quinta de Revisión encuentra procedentes, como mecanismo definitivo, ambas solicitudes de amparo, por lo que se formularán los problemas jurídicos, se planteará el esquema de solución y, posteriormente, se resolverán los casos concretos.

3. Problemas jurídicos a resolver y esquema de solución

Teniendo en cuenta la reseña fáctica expuesta y las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad le corresponde a la Sala de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Si se vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, cuando COLPENSIONES niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez por el no cumplimiento de los requisitos, siendo que el empleador omitió el deber de aprovisionar y aportar los recursos necesarios para esa contingencia, bajo el argumento de que para la época en que el trabajador prestó sus servicios no estaba obligado a cotizar para dicha prestación (Expediente T-6.350.884).

Para resolverlos, la Sala abordará los siguientes ejes temáticos: (i) breve reseña del derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas; (ii) el derecho fundamental del habeas data y el deber constitucional de custodiar, conservar y administrar diligente y adecuadamente los archivos; (iii) algunas precisiones básicas sobre los formularios CLEBP; (iv) la evolución del sistema pensional en Colombia, la creación y funcionamiento del Seguro Social; (v) el reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; y (vi) el deber de aprovisionamiento de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

Una vez precisados estos aspectos, la Sala analizará cada caso concreto.

4. El derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas

El alcance y contenido del derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas se han definido, de manera progresiva, con cada uno de los pronunciamientos que esta Corte ha proferido al interpretar y aplicar sistemáticamente el preámbulo y los artículos 1º[32] y 48[33] de la Constitución. La Corte Constitucional ha afirmado que la seguridad social es aquel derecho de todas las personas que se concreta en virtud del vínculo establecido con arreglo a la ley[34] y que tiene una relación directa con el derecho al trabajo (artículo 25 CP)[35], por cuanto constituye una garantía a favor de quienes contraen o han mantenido una relación laboral.

De igual manera, este Tribunal ha indicado que el derecho fundamental a la seguridad social ampara a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de contingencias como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la incapacidad laboral y/o la muerte[36]; aclarando que, si bien el derecho a la seguridad social tiene un carácter prestacional o económico, ello no da lugar a excluirlo de su reconocimiento como fundamental, ya que todo derecho que esté previsto en la Constitución, sin distinción alguna, tiene esa calidad[37].

5. Derecho fundamental del habeas data. Deber constitucional de custodiar, conservar y administrar diligente y adecuadamente los archivos

5.1. Contenido y principios

Con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política[38], el habeas data ha sido reconocido por esta Corporación como un derecho fundamental autónomo[39] que “[...] otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales”[40].

Así mismo, esta Corporación se ha referido a los principios que buscan garantizar los derechos de los titulares de la información:

“(i) principio de libertad, de acuerdo con el cual los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo y expreso del titular; (ii) principio de necesidad por el cual los datos personales que se registran deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades que ostente la base de datos respectiva; (iii) principio de veracidad, que indica que los datos personales deben obedecer a circunstancias reales, no habiendo lugar a la administración de datos falsos o erróneos; (iv) principio de integridad que prohíbe que la divulgación o registro de la información, a partir del suministro de datos personales, sea incompleta, parcial o fraccionada; (v) principio de finalidad, por el que el acopio, procesamiento y divulgación de datos personales debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima definida de manera clara y previa; (vi) principio de utilidad, que prescribe la necesidad de que el acopio, procesamiento y divulgación de datos cumpla una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; (vii) principio de incorporación, por el cual deben incluirse los datos de los que deriven condiciones ventajosas para el titular cuando éste reúne los requisitos jurídicos para el efecto, y (viii) principio de caducidad que prohíbe la conservación indefinida de datos después de que han desaparecido las causas que justificaban su administración.”[41]

Para la Corte los principios del habeas data implican deberes constitucionales para las entidades que custodian, conservan y administran la información contenida en archivos y bases de datos. Así, dichas entidades deben observar una obligación general de seguridad y diligencia en la administración y conservación de los datos personales y una obligación específica de corregir e indemnizar los perjuicios causados por el mal manejo de la información[42].

En este orden de ideas, la Sala resalta la importancia de que el acopio y la conservación de información se hagan con sujeción a dichos principios, con el fin de garantizar su integridad y veracidad y así salvaguardar los demás derechos de los titulares de la información, toda vez que, con frecuencia, esta información es necesaria para acceder al goce efectivo de otros derechos fundamentales, ya que los datos personales, laborales, médicos, financieros y de otra índole que están contenidos en archivos y bases de datos son la fuente de la información que se utiliza para evaluar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones.

5.2. Posibilidad de ejercer el habeas data cuando se presenta inexactitud en historia laboral para solicitar pensión de vejez

En el caso particular de la historia laboral, la Corte ha puntualizado que la información que la compone, por ejemplo, tiempo de servicio, salario devengado, cotizaciones a la seguridad social, vacaciones disfrutadas, consignación de cesantías, ascensos, licencias, entre otros, es indispensable para acceder al goce efectivo de las prestaciones sociales en cabeza del trabajador. Por lo anterior es necesario que la información laboral contenida en los archivos sea veraz, cierta, clara, precisa y completa, “a fin de que, de un lado, el trabajador pueda reclamar los derechos que le asisten, y, del otro, se protejan en su integridad los demás derechos fundamentales de los que son titulares”[43].

Esta Corporación también ha considerado que frente a la pérdida de los soportes necesarios para la certificación de datos laborales, y de acuerdo con lo consagrado en el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, el peticionario puede acudir a los medios de prueba reconocidos por la ley[44] para probar el tiempo de servicio y el salario con el fin de adelantar los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez[45].

De ahí que hayan sido tutelados los derechos fundamentales de accionantes cuando las pruebas allegadas al expediente permiten dilucidar razonablemente los datos requeridos para la expedición del certificado.

5.3. La necesidad de reconstruir un expediente cuando ha sido extraviado o destruido

En todo proceso o actuación administrativa debe existir un expediente con base en el cual se pueda determinar lo necesario para proferir una decisión de fondo; sin embargo, es posible que por diferentes circunstancias el expediente o parte del mismo se extravíe.

Para dar solución a esta situación, la legislación ha establecido el proceso de reconstrucción de expediente, normado, en términos generales, en el Código General del Proceso, artículo 126[46]. Si bien este artículo se refiere a la reconstrucción de expedientes dentro de un proceso judicial, la Corte Constitucional lo ha tenido en cuenta en eventos en que ha sido necesaria la reconstrucción de expedientes ante autoridades administrativas, garantizando la posibilidad de ejercer el habeas data cuando se presenta inexactitud en la historia laboral para solicitar pensión de vejez[47].

6. Precisiones básicas sobre los formularios CLEBP, según Circular 8 de 2014 de COLPENSIONES[48]

El Decreto 13 de 2001[49] fue proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de unificar los criterios para la expedición de las respectivas certificaciones de tiempo laborado o cotizado con destino a la emisión de los bonos pensionales o para el reconocimiento de pensiones. Su artículo 3º estableció que, a partir de su fecha de vigencia, debían elaborarse los formatos de certificado de información laboral y adoptarse conjuntamente por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, como únicos documentos válidos para tales efectos.

COLPENSIONES explica en la Circular 8 de 2014 que, en cumplimiento del mandato conferido por el referido decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social expidieron la Circular Conjunta No. 13 de 18 de abril de 2007, a través de la cual se adoptaron de manera conjunta tres formatos de certificación de información laboral y de salario, válidos para la emisión de bonos pensionales y/o para el reconocimiento de pensiones y se dispuso que debían ser utilizados obligatoriamente por todas las entidades públicas que deban certificar tiempo y/o salario para bonos pensionales o pensiones. En el referido documento anexo, las carteras ministeriales definieron el uso de los formatos adoptados conjuntamente, así:

Aunado a lo anterior, se señaló en el anexo referido que no resulta procedente expedir las tres certificaciones en todos los casos y, así mismo, se ilustra cuáles formatos deben diligenciarse, dependiendo de la entidad administradora y del hecho generador de la certificación (bono pensional y/o pensión).

Finalmente, la Sala advierte que los formularios CLEBP tienen utilidad práctica -entre otras cosas- para establecer los tiempos laborados con anterioridad al 01 de abril de 1994, a nivel nacional, o 30 de junio de 1995, a nivel territorial, o 01 de enero de 1996, a nivel distrital, y que por regla general no fueron cotizados al ISS, los cuales necesaria y obligatoriamente deben ser sumados a los que figuran cotizados a COLPENSIONES, para efectos de determinar si la persona reúne el requisito de tiempo de servicio aunado al de la edad, para acceder así a las prestaciones de vejez, invalidez o sobrevivientes, dependiendo

del caso.

De lo anterior se colige que, con el propósito de garantizar el derecho a la seguridad social de los ciudadanos, COLPENSIONES ha elaborado unas reglas mínimas para la estructuración de los actos administrativos que resuelven una solicitud de pensión de un afiliado que, durante toda su vida laboral o en algún momento de ésta, se haya desempeñado como servidor público y según estas reglas: obligatoriamente deberán aportarse, por parte del ciudadano, los formularios CLEBP para contabilizar el tiempo total de servicio y deberán tenerse en cuenta todos los tiempos certificados independientemente si respecto de los mismos se efectuaron o no aportes para pensión a una caja pública o fondo territorial, ya que la responsabilidad la asume el empleador que certifica.

Es de aclarar que, según la citada circular de COLPENSIONES, (i) los tiempos laborados con entidades públicas y certificados a través de los formularios CLEBP al 01 de abril de 1994 (nivel nacional) o 30 de junio de 1995 (nivel territorial) o 01 de enero de 1996 (nivel distrital), bajo ninguna circunstancia se verán reflejados en el reporte de semanas cotizadas, si no fueron aportados a COLPENSIONES y (ii) los formularios CLEBP están diseñados para certificar tiempos de servicio y factores salariales para la emisión de bonos pensionales y/o reconocimiento pensional, únicamente.

7. Caso concreto del expediente T-6.333.661, corresponde al actor Orlando Antonio Fandiño Caro

7.1. El accionante Orlando Antonio Fandiño Caro presentó acción de tutela en contra de la Alcaldía Municipal Ciénaga (Magdalena), porque considera que vulneró sus derechos fundamentales, al negarse a expedir los certificados laborales (formularios CLEBP) que necesita para iniciar el trámite de solicitud de la pensión de vejez frente a COLPENSIONES - para el periodo del 1° de febrero de 1994 hasta 22 de diciembre de 2000-, ordenando la expedición de las certificaciones simples de los años 1994, 1998 y 1999, con el argumento de que en sus archivos no reposan los documentos que acrediten los salarios devengados durante los años 1995, 1996, 1997 y 2000.

En efecto, obran en el expediente las respuestas de la alcaldía municipal accionada en las que manifestó que “se constató que NO reposan documentos (nóminas) de las extintas Empresas Públicas Municipales, por lo tanto no es posible expedir certificación laboral con el

periodo anotado” (2013) y posteriormente, en el 2017, resuelve reconstruir su expediente laboral, reconociendo el tiempo laborado entre el periodo del 1° de febrero de 1994 hasta 22 de diciembre de 2000, pero ordenando expedir las certificaciones simples de los años 1994, 1998 y 1999, por no contar con la información salarial de los años restantes.

Tanto el juez de primera instancia como el de segunda instancia concedieron el amparo. Sin embargo el ad quem modificó el numeral segundo del fallo del a quo, en cuanto ordenó a la entidad accionada que “se analice y concrete en la decisión de fondo, en forma fundada, si los soportes allegados por el tutelante, los recolectados en las bases de datos o certificaciones provenientes de las entidades de seguridad social, judiciales u otros medios de prueba, permita [sic] RECONSTRUIR TOTALMENTE la historia laboral del señor ORLANDO ANTONIO FANDIÑO CARO, expidiendo así las certificaciones en los formatos CLEBP, si así se concluyere”. (Negrilla fuera de texto original).

7.2. La Sala advierte que es precisamente la expresión “si así se concluyere” del fallo de segunda instancia -Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena)- la que ha servido de base para que la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) - Oficina de Talento Humano continúe la vulneración y desconocimiento del derecho al habeas data del accionante, afectando así su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

En efecto, los actos administrativos emitidos por la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) son los siguientes:

ACTO ADMINISTRATIVO

CONSIDERACIONES

DECISIÓN

Resolución 037

12 enero de 2017

En la alcaldía no reposan archivos documentales del solicitante.

Fue posible establecer los extremos de la relación laboral, pero no lo fue demostrar los

salarios devengados durante los años 1995, 1996, 1997 y 2000.

Declara reconstruido el expediente laboral, en el cargo de Supervisor de Corte, en la Empresa de Servicios Públicos Municipales de Ciénaga, en el periodo del 1° de febrero de 1994 hasta 16 de noviembre 2000.

Ordena expedir certificaciones laborales y salariales simples correspondientes a los años 1994, 1998 y 1999.

Resolución 115

7 de febrero de 2017

Resuelve recurso

de reposición

No existe información alguna que permita determinar los salarios que tuvo durante los años 1995, 1996, 1997 y 2000.

No existe norma que obligue al ente administrativo a realizar el ejercicio declarativo y los salarios no son susceptibles de presunciones legales.

Confirmar en toda y cada una de sus partes lo dispuesto en Resolución 037 del 12 de enero de 2017.

Resolución 357

21 de marzo de 2017

Resuelve recurso

de apelación[50]

En cumplimiento de la orden del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena) del 7 de marzo de 2017.

Ordena reconstruir la historia laboral, con asignación mensual de \$128.000[51], en el periodo del 1° de febrero de 1994 hasta 22 de noviembre 2000.

Ordena creación del formato CLEBP, según lo dispuesto.

Resolución 1835

9 de junio de 2017

Se revocan unos actos administrativos

Reconoce “agravio injustificado”, pues los salarios se reajustan anualmente y la asignación mensual de \$128.000 no puede determinar los salarios devengados a lo largo de la relación laboral.

Revoca en todas sus partes el trámite de reconstrucción iniciado a partir del auto de apertura de fecha 5 de diciembre de 2016.

Ordena enviar expediente a la Oficina del grupo interno de Talento Humano de la alcaldía “a efectos de que sanee las falencias encontradas”.

Auto[52]

4 de julio de 2017

Valora las pruebas aportadas por el peticionario, dentro del proceso de reconstrucción del expediente.

Téngase probado el vínculo laboral existente a partir del mes de febrero de 1994 hasta diciembre de 2000 y la asignación salarial del año 1994 en \$128.000 y en el año 1999 en \$302.342.

actuación sin número

17 de julio de 2017

Se da inicio a la reconstrucción

No obran en los inventarios de la administración municipal los archivos donde reposen las historias laborales de los empleados de la liquidada Empresa de Servicios Públicos Municipales de Ciénaga.

Dar apertura a la actuación administrativa de reconstrucción por pérdida del expediente contentivo de la Hoja de Vida, Historia Laboral y Antecedentes Administrativos.

7.3. Sin embargo, esta Sala de revisión advierte que -con fundamento en la jurisprudencia constitucional expuesta y las pruebas que obran en el expediente- resulta evidente que Orlando Antonio Fandiño Caro ha sufrido la vulneración de su derecho fundamental al habeas data, con la consecuencia de ver desconocido su derecho a la seguridad social al no haber podido reunir los documentos necesarios para iniciar el trámite de su pensión de vejez ante COLPENSIONES, máxime si se tiene en consideración que nació el día 23 de enero de 1945 y que cumplió un tiempo total de servicios -en el sector público- de 16 años y 13 días = 5.773 días = 824, 71 semanas[53].

De lo precedente se puede colegir que -una vez obtenga las certificaciones laborales de la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) -podrá solicitar la pensión de vejez[54], toda vez que adquirió su estatus pensional el 23 de enero de 2005, al cumplir los requisitos de edad (60 años) y tiempo por contar con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad[55], así:

EMPLEADOR

TIEMPO LABORADO

TOTAL

tiempo

TOTAL

en días

SEMANAS

cotizadas

Gobernación Magdalena

Desde 23-01-1985

Hasta 29-05-1989

4a 4m

6d

1.566

223

Alcaldía de Ciénaga

Desde 01-02-1994

Hasta 22-12-2000

6a 10m

18d

2.478

354

TOTAL TIEMPO

dentro de los 20 años anteriores

4.044

577

7.4. Ahora bien, para la Sala Quinta de Revisión, que la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) -pese a haber adelantado gestiones para reconstruir la información laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro desde el mes de diciembre de 2016- aun no haya culminado el proceso de reconstrucción del expediente, después de más de un (1) año de iniciado, constituye prueba del incumplimiento de su deber constitucional de custodiar, conservar, administrar y certificar la información cuando así lo solicite el titular; toda vez que la alcaldía tiene la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para reconstruir los datos perdidos o destruidos[56].

Ante tal escenario, es preciso reiterar lo indicado en las consideraciones precedentes de esta sentencia y precisar que la reconstrucción de un expediente debe hacerse de manera ágil, pues de no ser así puede configurarse una posible afectación del derecho a la seguridad social en pensiones, toda vez que de esa información depende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Fuera de la reconstrucción del expediente, y con el fin de hacer una protección real y efectiva del derecho al habeas data del accionante, de no reconstruirse el expediente en el término establecido, la entidad accionada deberá expedir los certificados laborales en formularios CLEBP solicitados, teniendo en cuenta que, como se expone en la parte considerativa de la sentencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y las normas legales vigentes, para efectos de la expedición de los certificados laborales necesarios para adelantar los trámites de solicitud de pensión de vejez, es posible probar el tiempo de servicio y el salario con cualquiera de los medios de prueba permitidos bajo la ley. Para esto la administración municipal podría tener en cuenta, a manera de ilustración:

(ii) realizar la búsqueda con los nombres de otras personas relacionadas en las autoliquidaciones “Formatos de autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”, empleador Empresas Públicas Municipales de Ciénaga, quienes reportan idéntico valor para su asignación salarial mensual;

(iii) considerar que estando demostradas las asignaciones básicas correspondientes a los extremos de la relación laboral (años 1994 y 2000), podría tenerse en cuenta la equivalencia entre las asignaciones salariales demostradas y su porcentaje respecto del salario mínimo legal vigente al momento de los hechos, a saber:

7.5. Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena) vulneró el derecho al habeas data de Orlando Antonio Fandiño Caro al no haber culminado la reconstrucción del expediente laboral, después de más de un (1) año de iniciado, al no dar valor a los certificados y documentos aportados por el accionante, sin haberlos tachado de falsos, y al negarse a expedir los certificados en formato CLEBP requeridos para la emisión del bono pensional, pues desconoció así su deber constitucional de ser diligente en la conservación y custodia de sus archivos y la reconstrucción de la información perdida y, a la vez, trasladó al accionante las consecuencias negativas de sus fallas, imponiéndole la carga de reconstruir la información que ella estaba obligada a custodiar, conservar y reconstruir.

Por lo expuesto, se confirmará parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena), el 20 de abril de 2017, que a su turno, confirmó y modificó la sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena), el 7 de marzo de 2017, en cuanto a conceder el amparo a los derechos fundamentales al habeas data y a la seguridad social de Orlando Antonio Fandiño Caro.

Por lo tanto, se ordenará a la alcaldía accionada que, en un plazo improrrogable de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, realice la reconstrucción total del expediente laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro y, en consecuencia, adopte una decisión definitiva respecto de la expedición de los certificados CLEBP solicitados, en la que se incluya el tiempo y los salarios devengados para el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1994 hasta 22 de noviembre 2000. Si la accionada no cumple lo previsto en el término señalado, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al vencimiento del plazo anterior, deberá expedir -en debida forma- los certificados laborales solicitados, en los formatos requeridos por COLPENSIONES para la emisión del bono pensional del accionante (formularios CLEBP).

8. Evolución del sistema pensional en Colombia. Creación y funcionamiento del Instituto de Seguro Social

8.1. Antes de la Ley 100 de 1993 el sistema pensional en Colombia era difuso, ya que fueron diversas las normas que se expedieron 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 ferroviarios y la Ley 42 de 1933 aludió a “determinados profesores de educación pública y privada”.

La Ley 6ª de 1945, considerada como el primer Código Laboral, poco fue lo que estableció con relación a la seguridad social, aunque en los artículos 12 y 14 se plasmaron algunas obligaciones para el empleador del sector público y privado, tales como el pago de una pensión de jubilación a quienes tuvieran 50 años de edad y 20 de servicio.

Posteriormente, surgió el primer Estatuto de Seguridad Social del país, la Ley 90 de 1946, “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, dando inicio a una nueva era de la seguridad social con grandes ventajas respecto de la legislación anterior. A diferencia de la Ley 6ª de 1945, la nueva normativa consagró mayores prerrogativas para los trabajadores, en tanto que su régimen prestacional ya no dependía de la solvencia económica del empleador, sino que esos derechos estarían “siempre garantizados, aunque quiebre o desaparezca el patrono accidental”[58].

De otro lado, 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)[59]; 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 (art. 67). 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, el Seguro asumiría ese riesgo respecto de los servicios prestados anteriormente, siempre que el empleador aportara las cuotas proporcionales respectivas[60].

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 anteriores” [61].

8.2. Como ya se mencionó, la Ley 90 de 1946[62] 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.

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 surgieron algunas oficinas[63], existiendo otras seccionales, a finales del año 1969[64]. Mediante el 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 1946[65].

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.

9. Reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990

9.1. 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, a cuyo

tenor literal:

“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 -sin duda alguna- a que su pensión se estudie con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990[66].

9.2. 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 y 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[67].

Otro sector sostenía que sí 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 cómputo de semanas, de lo cual se infiere que se deben aplicar las del Sistema General de Pensiones.

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”[68].

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 a la máxima de progresividad contenida en los artículos 48 de la Carta y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

10.1. Jurisprudencia constitucional

10.1.1. 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, precepto que 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 se generaba un enriquecimiento sin causa para el empleador. La Corte, en sentencia C-506 de 2001[69], 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 original)

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 9º 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.

10.1.2. En control concreto de constitucionalidad son varias las sentencias que se han expedido por la Corte, las cuales de manera gradual han construido una línea jurisprudencial que reconoce la existencia de la obligación de aprovisionar la suma de del tiempo laborado en el sector público (1945) y privado (1946), respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional y, en consecuencia, permite el computo del tiempo laborado.

En efecto, la primera sentencia que sentó posición sobre la posibilidad de computar 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 Sentencia 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 6ª 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 de acuerdo 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 el 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 la vejez, porque resulta desproporcionado exigirle a un adulto mayor que trabaje para que cotice los aportes del tiempo que antiguamente laboró para la accionada.

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 computarlo 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 empresa accionada afectó el derecho a la seguridad social del actor por no realizar los aportes para pensión.

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”.

Sentencia 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 los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ya que entre enero de 1967 y febrero de 2000 cotizó 1.165,42 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”.

Sentencia 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 le 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 afiliar al Instituto de Seguros Sociales -ISS- a todos sus trabajadores comenzó el 1º 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 se 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 privados” [70]. Posición reiterada en la Sentencia T-205/2012, en la que se decidió confirmar las decisiones de instancia que negaron el amparo solicitado[71].

Sentencia T-020 de 2012. El actor laboró para la Embajada Real de los Países Bajos – Holanda, la cual omitió realizar los aportes para pensión entre el 1º de julio de 1982 y el 31 de diciembre de 1989, porque no tenía la obligación de hacerlo y el ISS no tenía cobertura

en el municipio donde laboró el accionante.

La Sala Sexta de Revisión acogió la posición 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.

Sentencia T-549 de 2012. Se relaciona con una persona que laboró en varias empresas entre 1959 y 1994 y el ISS le negó la pensión. En esa oportunidad, la Sala Sexta de Revisión, concedió el amparo con fundamento en el precedente contenido en la Sentencia T-784 de 2010, al considerar que a 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”.

Sentencia T-240 de 2013. La accionante presentó acción de tutela en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, porque consideraba que esa autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo y al debido proceso, y a la protección especial de las personas de la tercera edad, al sostener que su antiguo empleador no estaba obligado a hacer los aportes al ISS causados antes de que esta entidad asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

La Sala Primera de Revisión consideró que la sentencia proferida por la autoridad judicial accionada no vulneraba el derecho al debido proceso de la accionante, porque estuvo fundamentada en una interpretación razonable de las normas que regulan el derecho a la pensión de vejez reconocida por el actual Instituto de Seguros Sociales. Puntualmente, explicó:

“(…) si dentro de esta Corporación existen diversos criterios sobre la obligación de los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación de hacer los aportes al actual Instituto de Seguros Sociales por el tiempo laborado por sus

trabajadores antes de que se hiciera exigible la obligación de afiliarlos a los seguros sociales obligatorios, no puede concluirse que una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de autonomía e independencia que rigen la actividad judicial, hubiera vulnerado el derecho al debido de una persona, al tomar una decisión debidamente fundamentada en criterios razonables, pero contrarios a una interpretación de una de las Salas de Revisión de esta Corporación que no ha sido unánime.

Sin embargo, aunque no se evidenció una vulneración al derecho al debido proceso de la peticionaria, se tuvo en consideración que la actora también presentó la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Por lo tanto, y con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de una persona de avanzada edad, que no cuenta con una fuente de ingresos propia que le permita subsistir autónomamente, la Sala de Revisión decidió que el ordenamiento jurídico colombiano le reconocía una prestación económica que le garantice su derecho a la seguridad social[72].

Sentencia 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 correspondía a “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”. 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%.

Sentencia 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 presentar 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 a 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.”

Sentencia T-676 de 2013. Se trata 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 actor fue trasladado de su lugar de labores para otro que no estaba cubierto por el Seguro Social.

En esa oportunidad, 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”.

Así las cosas, la Sala Cuarta de Revisión concluyó 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.

Sentencia 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 argumento 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 impidió el acceso a la pensión puesto que hacían falta 70 semanas.

En ese 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 SA transferir a COLPENSIONES el valor “actualizado”, de acuerdo con el salario devengado para la época, de los aportes para pensión y que le fueran contabilizados al accionante.

Sentencia T-410 de 2014. Los hechos se relacionan 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.

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 tales 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 los obiter dicta de la sentencia.

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 1945[74]. Así mismo, señaló 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, y, además, estableció el instrumento de acumulación en su artículo 33.

Respecto de la tesis según la cual los trabajadores que laboraron 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 de 1993 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”.

Finalmente, se afirmó que “los períodos causados para efectos pensionales constituyen derechos adquiridos[75] que gozan de expresa protección constitucional, pues el artículo 48 superior modificado por el A.L. 01 de 2005 establece que para adquirir el derecho a una pensión será necesario cumplir, entre otras condiciones, “el tiempo de servicio” o “las semanas de cotización”, lo que implica el imperativo de incluir estos periodos en la historia laboral del asegurado en tanto medios de acceso a las prestaciones que contemplan los sistemas que desarrollan el derecho constitucional a la seguridad social en pensiones”.

Sentencia T-469 de 2015. La Sala Segunda de Revisión consideró que no era de recibo el argumento esgrimido por el ad quem, en el sentido de que la accionante no tenía derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, por cuanto “no existía cobertura del ISS en el municipio de Melgar donde prestaba sus labores” pues -por regla general- las obligaciones

derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación correspondía al empleador, razón por la que la Ley 6 de 1945, que reguló las relaciones entre los empleadores y trabajadores, impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos para el pago de dicha pensión a los empleados que cumplieran ciertos requisitos en ella indicados. 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.

En efecto, se tiene entonces que independientemente de que el ISS tuviera o no cobertura en el municipio en donde el empleado prestaba sus servicios, lo cierto es que antes de la creación de los seguros sociales a cargo de esa entidad, quien tenía la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital para cubrir la contingencia de invalidez, vejez o muerte de los trabajadores, eran directamente sus empleadores, por lo que no es de recibo argumentar que una persona que laboró antes de que el Instituto de los Seguros Sociales alcanzara su cobertura en todo el territorio nacional, no tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

Sentencia T-543 de 2015. En esta oportunidad, la Sala Segunda de Revisión resaltó que no existe un precedente unificado en esta Corporación en cuanto a que los antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, y que en sentencias como las T-719 de 2011, T-814 de 2011 y T-020 de 2012, se concluyó que al empleador no le asistía responsabilidad alguna en razón a que no existía obligación legal respecto de esas cotizaciones; decisión que encontraba fundamento en la sentencia C-506 de 2001, en la que la Corte sostuvo que la obligación de realizar aprovisionamientos necesarios para transferir los cálculos actuariales al ISS solo surgió el 1 de abril de 1994; es decir, la fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, en esa oportunidad, la Sala consideró que adoptar esta postura derivaba en una situación inequitativa e injusta para el trabajador quien, habiendo trabajado durante un determinado periodo, se ve obligado a cumplir con requisitos más exigentes para acceder a su pensión de vejez. Tal como fue analizado por la sentencia T-435 de 2014, la Sala estimó procedente que el juez constitucional estudie de fondo estos casos y busque una solución favorable al trabajador cuando la falta de estas semanas le impida acceder a su derecho a

la pensión. No hacerlo sería trasladarle una carga desproporcionada al trabajador y obligarlo a cumplir con requisitos mayores a los exigidos por la ley para acceder a esta prestación[76].

Sentencia 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 estudiados o analizados 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 relativo a 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 (artículo 72), el Código Sustantivo del trabajo (artículos 259 y 260) y la Ley 6 de 1945 (artículo 14).

Sentencia 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”.

Sentencia T-194 de 2017. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional conoció el caso de una persona de 75 años que laboró: (i) al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, entre el 18 de marzo de 1969 y el 30 de junio de 1973, entidad que no realizó el traslado de aportes obrero-patronales de pensiones al ISS, equivalentes a 220.68 semanas y (ii) en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, entre el 23 de abril de 1973 y el 22 de abril de 1979, la cual no lo afilió al fondo de pensiones y, por tanto, no canceló los aportes pensionales equivalentes a 309 semanas.

La Corte le atribuyó al Ministerio de Agricultura y a la Federación Nacional de Caficultores la vulneración de derechos fundamentales del actor, como consecuencia de no cancelar a COLPENSIONES las cotizaciones para pensión correspondientes al tiempo que laboró al servicio de las mismas. Se adujo que ello conducía a que dicha Administradora de Pensiones no le otorgara la prestación de vejez.

En consecuencia, concedió el amparo solicitado, ordenó a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez reclamada, conforme al régimen ordinario contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y a partir del momento en que cumplió con las dos exigencias, esto es, febrero de 2017. Igualmente, ordenó a las dos entidades públicas demandadas pagar a COLPENSIONES el valor correspondiente a los períodos que el peticionario laboró para cada una de ellas, debidamente indexados al momento presente.

10.1.3. De lo expuesto se infiere que la línea jurisprudencial en construcción continúa con la tendencia a consolidar la posición respecto de la existencia del deber de los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para efectos pensionales, antes de la Ley 100 de 1993.

En efecto, desde el año 2014, la jurisprudencia de esta Corporación[77] ha sostenido que - en virtud a lo dispuesto por la Ley 6ª de 1945 y la Ley 90 de 1946- el empleador tiene a su cargo la obligación de cancelar los aportes que estén a su cargo y los de sus trabajadores, siendo esto un derecho que tiene el trabajador, el cual es irrenunciable, al ser las normas en seguridad social, de orden público. Así lo señaló la Sentencia SU-769 de 2014:

“(…) Lo anterior demuestra que antes de 1991, para el sector público y para los particulares -desde 1945 en algunos casos y desde 1946 en otros-, existía la obligación en cabeza de los empleadores de hacer el aprovisionamiento de las cotizaciones correspondientes al tiempo laborado por sus trabajadores con el fin de trasladar esos recursos al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas de previsión correspondientes una vez éstas asumieran el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez o muerte o, excepcionalmente, reconocer y pagar en el futuro la pensión de jubilación de sus trabajadores, una vez reunieran los requisitos para el efecto. Se reitera que esta última hipótesis era excepcional, pues el espíritu de las normas citadas en la sección anterior es que todos los trabajadores -públicos y privados- estuvieran afiliados al seguro social obligatorio, bien a través del Instituto de Seguros Sociales o de las cajas de previsión.”

Ahora bien, en ningún caso, la omisión del empleador, en realizar dicho aporte, puede ser imputada al trabajador, tal como lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

10.2. Posición del Consejo de Estado

En la Sentencia SU-210 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la acción de tutela que presentó la Fundación Universidad Externado de Colombia contra una providencia judicial. Se trata de una persona que había trabajado en diferentes periodos de tiempo y para diferentes empleadores del sector público y privado. Una de esas vinculaciones fue como docente de tiempo completo en la Universidad Externado de Colombia, desde el 1º de febrero de 1967 hasta el 31 de enero de 1987, con algunas interrupciones, y sin afiliación por parte del empleador al Instituto de Seguros Sociales.

En el proceso contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió fallo de segunda instancia en el que confirmó la sentencia de primera instancia que declaró no probadas las excepciones y accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante al amparo de la Ley 4ª de 1992 y de los Decretos 1359 de 1993, 104 de 1994 y 47 de 1995 y dispuso que la Universidad Externado de Colombia debía “realizar los aportes por el tiempo que sirvió el actor a la institución, los cuales se deben situar al Instituto de Seguros Sociales, en título pensional, previo calculo actuarial, conforme lo dispone el Decreto 1887 de 1994 (...)” y, aclaró la decisión, entre otras cosas, para indicar que los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258-13 no son aplicables en este caso, entre ellos, el tope de 25 salarios mínimos de las mesadas pensionales.

Al abordar el estudio de fondo de la tutela, la Corte encontró que la sentencia proferida por el Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo, debido a que al accionante no le era aplicable el régimen pensional establecido por el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, especial de Congressistas y Magistrados, por cuanto no se encontraba afiliado al mismo para el 1 de abril de 1994, puesto que su vinculación como Consejero de Estado ocurrió el 1 de diciembre de 1995.

Por otra parte, la Corporación puntualizó que, en relación con el monto de la pensión, en el caso en concreto debió tenerse en cuenta el precedente de la Sentencia C-258 del 2013 y, en especial, lo relativo al tope de veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, aspecto éste desconocido por el Consejo de Estado al ordenar expresamente que no le era aplicable al accionante, bajo el argumento de haberse causado el derecho pensional antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y de la precitada sentencia. Por lo anterior,

la Corte Constitucional revocó las sentencias de tutela de primera y segunda instancia y concedió el amparo del derecho al debido proceso de la Fundación Universidad Externado de Colombia. Dispuso dejar sin efectos la sentencia del 21 de agosto de 2014, dictada por la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para que en su lugar, dicha Corporación proferiera una nueva sentencia de conformidad con las consideraciones expuestas en la decisión.

Cabe precisar que, en cuanto en este caso no se cuestionó la titularidad del derecho a la pensión del accionante y considerando que el debate se concentró únicamente en aspectos relacionados con el régimen de transición a él aplicable y el tope máximo de la prestación reconocida, la Corte dispuso que, hasta tanto se expida una nueva sentencia por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado, no se suspende el pago de la pensión concedida.

10.3. Posición actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

10.3.1. El máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria por un buen período consideró que las empresas -ubicadas en territorios en los que no había cobertura del Seguro Social- eran inmunes 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.

10.3.2. 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[78].

El caso se relacionó con una trabajadora de la Chevron Petroleum Company, quien laboró entre el 2 de septiembre de 1968 y el 31 de diciembre de 1978, sin que se hubiese cotizado para la pensión porque, en sentir de la empresa, no tenía 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 1966[79] surgió la obligación de afiliación al Sistema General de Pensiones; sin embargo, la segunda instancia revocó la decisión y absolvió a la compañía, tras considerar que la demandada no estaba obligada a afiliarse 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 afiliarse 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 frustró 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.”

“(…) 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.”

En esa oportunidad, 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”. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sola relación de trabajo tiene la fuerza jurídica necesaria para fundar y justificar la obligación del empleador de asumir las prestaciones de la seguridad social o de concurrir a su financiación, como un corolario natural del trabajo, en aplicación de principios como la dignidad humana, la solidaridad, la seguridad y la protección social.

Así lo señaló, recientemente, esa Corporación en la Sentencia SL19556-2017[81], en los siguientes términos:

“Entonces, resulta inaceptable considerar que el trabajo humano puede, bajo determinadas circunstancias, no tener efectos en materia pensional. De una forma u otra, el empleador que se sirve de la fuerza de trabajo de una persona, quien por el transcurso del tiempo ha visto mermada su capacidad laboral, debe contribuir a la cobertura del riesgo de vejez, ya sea mediante el pago directo de la pensión o el giro de un título pensional suficiente.

Admitir la tesis libérrima de las obligaciones propuesta por el demandado, conduciría a aceptar que, no obstante el empleador se benefició de la actividad del trabajador, queda exento del deber de contribuir a su protección social. En este sentido, no sobra aclarar que el pago de la pensión o del aporte para su financiación no es un regalo o una concesión fundada en consideraciones proteicas y etéreas de equidad, sino, se insiste, un derecho derivado del vínculo laboral.

Por esto mismo, los ingredientes subjetivos o de culpa que el casacionista quiere incluir para condicionar el giro del título pensional, son improcedentes, pues la obligación de concurrir al financiamiento de la pensión, además de ser indisponible e irrenunciable, es consecuencia inmediata de la prestación del servicio. Así las cosas, una vez sean derruidas todas las barreras que impidan dar cumplimiento a esta obligación, el empleador debe utilizar los mecanismos que tenga a su alcance para solucionar los trances en que no pudo satisfacer sus obligaciones con la seguridad social en pensiones, lo cual, como se vio en este caso, se remedia mediante el pago de un cálculo actuarial.”

10.3.3. En síntesis, la posición actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es considerar 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 ello, 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.

10.4. Conclusiones de esta Sala sobre la línea jurisprudencial reseñada

10.4.1. Examinada la normatividad y la jurisprudencia que al respecto se ha reseñado, la Sala Quinta de Revisión considera que resultan necesarias las siguientes precisiones, teniendo en cuenta la evolución legal y jurisprudencial, en los siguientes términos:

(i) La Ley 6ª de 1946 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[82].

(ii) La Ley 90 de 1946 dispuso que las prestaciones a cargo del empleador seguirían de tal manera, hasta la fecha en que el seguro social las fuera asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso; y para que el ISS pudiera asumir el riesgo de vejez, el empleador debía aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Además, que las pensiones estarían a cargo del empleador hasta que el ISS conviniera subrogarlas en el pago de estas pensiones eventuales.

(iii) La Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 1, literal c, se aplicará -como regla general- para efectos del cómputo de las semanas para tener el derecho a la Pensión de Vejez a cargo de COLPENSIONES, esto es, 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.

Dicho cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional[83].

(iv) En cuanto a la jurisprudencia constitucional, se evidencia una evolución tendiente a sostener que existe una obligación de aprovisionar la suma de del tiempo laborado en el sector público y privado, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional, así:

Inexistencia de obligación de aprovisionar, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS

Existe obligación de aprovisionar la suma de aportes del tiempo laborado en el sector público y privado, respecto de aquellos trabajadores desvinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por falta de cobertura del ISS, específicamente si

son requeridas esas cotizaciones para acceder a la prestación pensional

solo para el caso concreto, con base en el principio de equidad y, únicamente, el pago de los aportes faltantes, con el smmlv de la época[84]

obligación legal establecida en la Ley 90 de 1946 de aprovisionar la suma de la totalidad de aportes, con el salario que devengaba

2010

T-784

2011

T-719; T-814; T-890

T-712

2012

T-020; T-205

T-549

2013

T-240

T-492; T-676

T-518[85]; T-770

2014

T-435

T-410[86]; SU-769

2015

T-469; T-543[87];

T-665; T-714

2016

T-722[88]

2017

T-194

De lo expuesto, se colige que la omisión del empleador tanto en su deber de aprovisionamiento de los recursos, como en el pago de los aportes al sistema de pensiones -en ningún caso- es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez; esto es, existe un derecho en favor de los trabajadores de exigir el tiempo

de servicio y una obligación para los empleadores de reconocerlo y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, acorde con la posición actual de la Corte Suprema de Justicia[89] y así lo ha reconocido la evolución jurisprudencial constitucional: a quienes se les había terminado su relación laboral en el sector privado, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, les es aplicable lo establecido en la Ley 90 de 1946 que impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste.

(v) En consecuencia, esta Corporación precisa que la interpretación más favorable para la protección del derecho a la seguridad social en pensiones del accionante, consiste en que el trabajador tiene derecho a que se tome en cuenta tiempo trabajado antes de la expedición de la Ley 100 y que su empleador tiene la obligación de aprovisionar los cálculos actuariales en la suma correspondiente a su tiempo de servicios, tal como lo ordenaba la Ley 6ª de 1945 (sector público), la Ley 90 de 1946[90] (sector privado) y el Código Sustantivo del Trabajo[91], más no la Ley 100 de 1993, la cual estableció el mecanismo o medio para cumplir con el deber de aprovisionar.

10.4.2. Vistas así las cosas, la Sala concluye que frente a las vinculaciones en el sector privado -antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 y en aquellas situaciones en las cuales no existía cobertura del ISS o un llamamiento a la afiliación de sus trabajadores-, “la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación”[92], en consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores, 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, toda vez que la situación de que el contrato laboral no estuviera vigente al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 “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”[93].

Una posición contraria, en cuanto a desconocer 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, desconocería 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 y a la efectividad de las cotizaciones de aquellos trabajadores.

10.4.3. Por último, resulta necesario precisar que, al momento de aprovisionar el tiempo de servicio laborado y extinguido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se deberán aplicar los siguientes criterios para la solución de los casos concretos:

- (i) Se debe acreditar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de vejez.
- (ii) Se debe realizar el pago de la totalidad de los aportes correspondientes al periodo laborado

Así las cosas, pasa la Sala a dar solución al caso sub examine.

11. Caso concreto del expediente T-6.350.884, corresponde al actor Jaime Alberto Ballesteros

11.1. Vulneración al derecho a la seguridad social en pensiones por omisión del deber de aprovisionamiento

11.1.1. Corresponde ahora a la Sala establecer si la empresa accionada Acerías Paz del Río SA vulneró el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones de Jaime Alberto Ballesteros, ante la omisión de aprovisionar el valor de las cotizaciones para pensión, por el tiempo que laboró al servicio de las mismas.

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, la vinculación del actor con la entidad demandada fue debidamente establecida mediante diversos medios de convicción.

En efecto, laboró con Acerías Paz del Río SA por más de 12 años, conforme lo demuestran las copias de los siguientes documentos:

- Constancia de tiempo de servicio a nombre de Jaime Alberto Ballesteros, expedida el 1º de septiembre de 2016 por el Coordinador de Administración de Personal de Acerías Paz del Río SA, en la cual indicó que laboró en la empresa “desde el 25 de septiembre de 1953 hasta el 02 de junio de 1966” en diversos cargos[94].

- Oficio 93-25388 del 28 de julio de 2016, firmado por el Coordinador de Administración de Personal de Acerías Paz del Río SA, dirigido al accionante, en el cual informó que trabajó para esa compañía desde el 24 de septiembre de 1953 hasta el 01 de junio de 1966 y afirmó que “no es ni será pensionado de Acerías Paz del Río SA”[95].

- Respuesta a la acción de tutela por el apoderado de la accionada, el cual aceptó la vinculación del demandante cuando advirtió que se está reclamando el pago de aportes a seguridad social “por un periodo comprendido entre 1953 y 1966” y que “durante la vigencia de la relación laboral, el accionante estaba en potestad de reclamar dichos aportes”[96].

11.1.2. El apoderado de Acerías Paz del Río SA, tanto en primera instancia como en el trámite de revisión, señaló que “el accionante soporta su pretensión en hechos de 1953, es decir ocurrido hace más de 60 años, lo que inevitablemente evidencia la flagrante violación del principio de inmediatez de la acción de tutela”[97].

En la respuesta dirigida al accionante, el 28 de julio de 2016, manifestó que “no se realizaron ni se descontaron aportes de seguridad social en pensión por periodos laborados antes de 1967, ya que la Compañía Acerías Paz del Río SA se rige por normas legales que regulan las relaciones de derecho de carácter particular y privado, los aportes para pensión empezaron según el acuerdo No. 224 de 1966, aprobado por el decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966 y con vigencia 01 de enero de 1967, fecha en la cual se iniciaron a hacer las cotizaciones obligatorias para los riesgos IVM (pensión) al Instituto de Seguros Sociales”[98].

De cara a esta justificación, conforme a lo señalado en la parte dogmática de esta decisión, la empresa accionada 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 inmediata sino que se fue ampliando de manera gradual, no lo 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 aprovisionar 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 para que los principios y derechos se hagan realidad.

En ese sentido, considera esta Sala que la negativa de Acerías Paz del Río SA a proporcionar los aportes para la pensión del actor, sin duda alguna constituye un desconocimiento a la Constitución, como a su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

11.1.3. De acuerdo con el anterior panorama fáctico y jurídico, la Corte Constitucional concederá el amparo solicitado por el actor. De un lado, porque de manera indiscutible se demostró que estuvo vinculado con la empresa Acerías Paz del Río SA entre 25 de septiembre de 1953 y el 2 de junio de 1966 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 no cotizado a la seguridad social.

En consecuencia, se ordenará a la accionada Acerías Paz del Río SA (i) realizar el cálculo actuarial correspondiente a los aportes para efectos pensionales de Jaime Alberto Ballesteros, en consideración al periodo laborado para esa empresa entre el 25 de septiembre de 1953 y el 2 de junio de 1966, o los equivalentes a las semanas que le hacen falta al actor para completar las 1000 semanas requeridas para acceder a la prestación de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto del salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral y (ii) trasladar los respectivos aportes a la Administradora de Pensiones -COLPENSIONES.

11.2. La existencia de un derecho adquirido en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005 y el análisis del cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez, contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990

11.2.1. Beneficiario del régimen de transición. No se discute que el actor sea beneficiario del régimen de transición. En efecto, Jaime Alberto Ballesteros, a la entrada en vigencia del

Sistema General de Pensiones, -1º de abril de 1994-, contaba con más de 40 años, requisito exigido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En ese contexto, conserva, en principio, la posibilidad de que le sean aplicables, a efectos de pensionarse por vejez, la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentra afiliado.

Se parte de la premisa de que la fecha de vigencia del régimen de transición lo es el 31 de julio de 2010, en consecuencia, el accionante debe demostrar que: 1) tiene un derecho adquirido al haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios, antes del 31 de julio de 2010, de conformidad con el régimen al cual se encontraba afiliado, o 2) cotizó 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, -25 de julio de 2005-, lo que le permite mantener el régimen de transición hasta el año 2014.

Pues bien, en atención a que el accionante registra cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales antes y después de haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, debe la Sala estudiar la norma que le sea más favorable, y que le permita obtener el reconocimiento de su pensión de vejez. En consideración a dicha exégesis, se inicia con el estudio de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

11.2.2. Derecho adquirido y cumplimiento de requisitos contemplados en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. El accionante nació el 9 de agosto de 1940, por lo que cumplió 60 años de edad el 9 de agosto de 2000, logrando acreditar 1000 semanas en cualquier tiempo, al momento de consolidar su derecho, así:

EMPLEADOR

TIEMPO LABORADO

TOTAL DIAS

SEMANAS

cotizadas

marzo/1993 a dic/2001 =520,58 sem

varios empleadores e independiente

desde marzo 1993

hasta AGOSTO 2000

452

TIEMPO laborado en ACERIAS

SIN afiliación ni aportes

desde 25 sept 1953

hasta 2 junio 1966

(12 años 8 meses y 7 días)

4.567

652

TOTAL semanas

1.104

Habida cuenta de que Jaime Alberto Ballesteros cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, con anterioridad al 31 de julio de 2010, se puede colegir que tiene un derecho adquirido. No puede desconocer la Sala que la protección de los derechos adquiridos en materia pensional, obedece a la necesidad de proteger aquellas situaciones particulares y concretas que frente al tránsito legislativo se encuentran consolidadas. En materia pensional, el derecho adquirido se traduce en el cumplimiento de la edad y tiempo de servicios o cotizaciones exigidas por la ley. En el caso del régimen de transición el cumplimiento de requisitos procede de la norma que fue habilitada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se obtengan con fraude a la ley o abuso del derecho. Desde esta

perspectiva, el actor cumplió con uno de los supuestos que le permite conservar el beneficio de la transición, sin que la causación del derecho dependa de la solicitud del mismo[99].

Así las cosas, como quiera que el actor tiene un derecho adquirido, se advierte que no requiere cumplir las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, puesto que dicha exigencia se contempla para quienes tendrían una expectativa legítima de la extensión de los beneficios del régimen de transición hasta el año 2014. Conviene destacar, que según el precedente de la Corporación[100] se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social al exigir un número mayor de semanas distinto del que consagra la ley para tener derecho a una prestación económica del Sistema General de Pensiones, con mayor razón si se está en presencia de un derecho adquirido, motivo por el cual se advierte la vulneración del derecho a la seguridad social, por parte de COLPENSIONES.

11.2.3. Cabe precisar que lo que se procura es la protección de un derecho adquirido frente a las hipótesis normativas consagradas en el Acto Legislativo 01 de 2005, en atención a lo que se desprende del caso concreto y, se itera, deviene del cumplimiento de los requisitos de la norma que fue habilitada por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, antes del 31 de julio de 2010, siempre y cuando no se obtengan con fraude a la ley o abuso del derecho.

En virtud de lo expuesto, se concluye que Jaime Alberto Ballesteros es beneficiario del régimen de transición, por haber cumplido los requisitos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 con anterioridad al 31 de julio de 2010, razón por la cual se considera que consolidó un derecho adquirido.

Por consiguiente, la Corte Constitucional dejará sin efecto la Resolución 004651 del 26 de mayo de 2006 y las Resoluciones GNR 9858 del 16 de enero de 2017 y SUB 2959 del 8 de marzo de 2017, expedidas por COLPENSIONES, y le ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

11.3. El accionante recibió una indemnización sustitutiva, lo cual no es impedimento para percibir una pensión de vejez que cubra de manera más amplia la mencionada contingencia

11.3.1. Ahora bien, se advierte que se halla acreditado que mediante Resolución 004651 de 26 de mayo de 2006[101], el ISS le concedió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a Jaime Alberto Ballesteros, teniendo en cuenta que el peticionario supuestamente manifestó la imposibilidad de continuar cotizando al sistema y, en ese momento, no se le reconocieron las 1000 semanas exigidas por la ley para la obtención de la pensión.

Al respecto, la Sala considera que cuando un afiliado ha cumplido la edad requerida para acceder a algún beneficio pensional, pero, por alguna circunstancia, no cuenta con las semanas de cotización establecidas por la ley para tales efectos, emerge la posibilidad de que solicite la indemnización sustitutiva[102], como una de las prestaciones económicas dispuestas por el sistema de seguridad social en pensiones, siempre que aquél no pueda o no desee continuar realizando aportes para obtener la pensión[103]. Así pues, la indemnización sustitutiva es una de las prestaciones del sistema general de seguridad social en pensiones, a la que pueden acceder quienes hayan cumplido la edad, más no el número de semanas cotizadas requeridas para pensionarse por cualquier riesgo. Está condicionada a que el afiliado se retire del sistema de seguridad social en pensiones, esto es, que manifieste expresamente su deseo de no continuar cotizando o que, simplemente, por cualquier motivo, deje de cotizar.

11.3.2. De otro lado, la indemnización sustitutiva surge como una alternativa con la que cuenta el afiliado al sistema, ya que también tiene la posibilidad de seguir efectuando los aportes necesarios para obtener la pensión respectiva[104]. De modo que las personas que habiendo cumplido con el requisito de la edad, que no tengan las semanas requeridas para obtener la pensión, cuentan con la opción de reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cuando no estén en condiciones de seguir cotizando, o, en su defecto, pueden continuar cotizando al sistema para completar el número de semanas exigidas por la ley a fin de amparar con una pensión los riesgos de vejez, invalidez o muerte. De esta forma, la indemnización sustitutiva no puede ser una imposición de las administradoras de fondos de pensiones, sino una opción que válidamente puede tomar o no el afiliado.

11.3.3. Ahora bien, en relación con la incompatibilidad que establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001[105] entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos, cabe señalar que esta Corporación, en su jurisprudencia, ha estimado que dicho precepto no constituye un impedimento para que

los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado, al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva, de percibir una pensión que cubra de manera más amplia las mencionadas contingencias, pues sucede que hay casos en que se demuestra que desde el primer acto que resolvió la solicitud pensional la persona interesada tenía el derecho a la pensión, y sin embargo, no se le reconoció, ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva.

En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente.

11.3.4. De otra parte, la Sala precisa que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva por alguna de las dos contingencias no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación. De esta forma se cumple con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social[106].

En diferentes oportunidades, la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, a que descuente lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital y así procederá la Sala en esta oportunidad.

11.4. Solución al caso concreto

11.4.2. En ese mismo sentido, desde la sentencia SU-769/2014 -con el propósito de acceder a la pensión de vejez- se reconoce la posibilidad de acumular o 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, así el contrato de trabajo hubiese finiquitado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

11.4.3. Tienen un derecho adquirido los beneficiarios del régimen de transición que cumplieron los requisitos para obtener una pensión de vejez (edad y tiempo de servicios), antes del 31 de julio de 2010, -fecha de vigencia del régimen de transición establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 -, de conformidad con la norma que les es aplicable. Si bien el acto legislativo consagró la extensión del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, respecto de quienes cumplieron un número de mínimo de 750 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, este requisito se exige respecto de quienes no tienen un derecho adquirido, pero conservan una expectativa legítima de beneficiarse de dicho régimen. Requisitos pensionales que en todo caso, se deben cumplir antes del 31 de diciembre de 2014.

11.4.4. Para el caso concreto, el actor laboró para Acerías Paz del Río SA, entre el 25 de septiembre de 1953 y el 2 de junio de 1966, sin que la empresa hubiese sido llamada a afiliarse a sus trabajadores, por ello no canceló los aportes pensionales equivalentes a 652 semanas. Adicionalmente, cotizó 452 semanas durante el periodo de marzo de 1993 hasta la fecha de cumplimiento de la edad para acceder a la pensión de vejez.

En consecuencia, la Sala concluye que al sumar aquellas semanas con las 652 semanas que omitió aprovisionar su empleador, completaría 1104 semanas, que le permiten acceder a su derecho a la pensión de vejez, en virtud de tratarse de un derecho adquirido, habida cuenta de que Jaime Alberto Ballesteros cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio con anterioridad al 31 de julio de 2010.

11.4.5. Con sujeción a la precedente argumentación la acción de tutela de la referencia está llamada a prosperar, razón por la cual esta Sala revocará el fallo del 31 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC -Sala Penal- que confirmó la sentencia del 9 de junio de 2017 del Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá DC que, a su vez, declaró la improcedencia de la acción de tutela contra COLPENSIONES y, en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones de Jaime Alberto Ballesteros.

En consecuencia, dejará sin efecto la Resolución 004651 del 26 de mayo de 2006 y las Resoluciones GNR 9858 del 16 de enero de 2017 y SUB 2959 del 8 de marzo de 2017, expedidas por COLPENSIONES, y ordenará:

(i) a COLPENSIONES que, en un término no superior a cinco (5) días contados desde la notificación de esta providencia, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez a Jaime Alberto Ballesteros y lo incluya en nómina, de acuerdo a las consideraciones de esta providencia; así mismo, podrá descontar de manera periódica, de las mesadas el valor indexado de la indemnización concedida a favor de Jaime Alberto Ballesteros por el ISS mediante la Resolución 004651 del 26 de mayo de 2006; de manera tal que los descuentos que realice la entidad no afecten su mínimo vital; y

(ii) a la empresa accionada Acerías Paz del Río SA que, en un término no superior a treinta (30) días contados desde la notificación de esta providencia, realice el cálculo actuarial correspondiente a los aportes para efectos pensionales de Jaime Alberto Ballesteros, en consideración al periodo laborado para esa empresa entre el 25 de septiembre de 1953 y el 2 de junio de 1966, teniendo como IBL el monto del salario que devengaba al momento de la ejecución de la relación laboral y traslade los respectivos aportes a COLPENSIONES; con la advertencia de que si vencido este periodo no se ha cumplido con esta orden, COLPENSIONES deberá iniciar el trámite de desacato de este fallo de tutela, sin perjuicio de la acción de cobro coactivo establecida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena), el 20 de abril de 2017, que confirmó y modificó la sentencia del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena), el 7 de marzo de 2017, en cuanto a que se AMPARAN los derechos fundamentales al habeas data y a la seguridad social en pensiones de Orlando Antonio Fandiño Caro, en el expediente T-6.333.661.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena), que, en un plazo improrrogable de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta

sentencia, realice la reconstrucción total del expediente laboral de Orlando Antonio Fandiño Caro y, en consecuencia, adopte una decisión definitiva respecto de la expedición de los certificados CLEBP solicitados, en la que se incluya el tiempo y los salarios devengados para el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1994 hasta 22 de noviembre 2000.

Si la accionada no cumple lo previsto en el término señalado, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al vencimiento del plazo anterior, deberá expedir -en debida forma- los certificados laborales solicitados, en los formatos requeridos por COLPENSIONES para la emisión del bono pensional del accionante (formularios CLEBP).

TERCERO.- ADVERTIR a la Alcaldía Municipal de Ciénaga (Magdalena), que tiene el deber constitucional de implementar mecanismos diligentes y eficaces para la custodia, administración y conservación de los archivos a su cargo de todas las dependencias de la administración municipal.

CUARTO.- REVOCAR el fallo del 31 de julio de 2017, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC -Sala Penal- que confirmó la sentencia del 9 de junio de 2017 del Juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá DC que, a su vez, declaró la improcedencia de la acción de tutela contra COLPENSIONES y, en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Jaime Alberto Ballesteros, en el expediente T-6.350.884.

QUINTO.- DEJAR SIN EFECTO la Resolución 004651 del 26 de mayo de 2006 y las Resoluciones GNR 9858 del 16 de enero de 2017 y SUB 2959 del 8 de marzo de 2017, expedidas por COLPENSIONES.

SEXTO.- ORDENAR a COLPENSIONES que, en un término no superior a cinco (5) días contados desde la notificación de esta providencia, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez de Jaime Alberto Ballesteros y lo incluya en nómina, de acuerdo a las consideraciones de esta providencia.

Parágrafo.- COLPENSIONES podrá descontar de manera periódica, de las mesadas el valor indexado de la indemnización concedida a favor de Jaime Alberto Ballesteros por el ISS mediante la Resolución 004651 del 26 de mayo de 2006; de manera tal que los descuentos que realice la entidad no afecten el mínimo vital del accionante.

Parágrafo.- Advertir que si vencido este periodo no se ha cumplido con esta orden, COLPENSIONES deberá iniciar el trámite de desacato de este fallo de tutela, sin perjuicio de la acción de cobro coactivo establecida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

OCTAVO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-207A/18

Referencia: Expediente T-6.333.661 y acumulado

Acción de tutela incoada por el ciudadano Orlando Fandiño Caro contra la Alcaldía Municipal de Ciénaga y otros

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión adoptada por la Sala Quinta de Revisión de tutelas, en sesión del 25 de mayo de 2018, en la cual se profirió la sentencia T-207A de 2018.

2. En esta decisión la Sala resolvió dos casos acumulados por la Sala de Selección de Tutelas[107]. En el primer caso se evaluó la situación de una persona que solicitó en varias oportunidades certificaciones laborales a las Empresas Municipales de Ciénaga, para tramitar la expedición de su bono pensional. Sin embargo, la Alcaldía de Ciénaga no expedía la certificación porque no encontraba registros en su archivo.

En contraste, el segundo caso se ocupó de la reclamación de un señor que solicitaba que Acerías Paz del Río pagara los aportes correspondientes a seguridad social con el fin de buscar su pensión de vejez. Dicha empresa no aprovisionó los recursos necesarios para pagar esos valores, al considerar que no estaba obligada a efectuar tales pagos.

3. Tal y como lo advertí en la Sala de Revisión, uno de los motivos de mi aclaración de voto está relacionado con la necesidad de desacumular estos asuntos, porque como se desprende de la narración de los mismos no comparten nada en común: ni hechos, ni pretensiones, ni problemas jurídicos[108]. Es evidente que a pesar de que la acumulación no es atribuida al Magistrado Ponente, también lo es que el mismo si tiene la facultad para, una vez estudiados los expedientes a profundidad, ordenar su desacumulación al evidenciar que las situaciones no son comunes. En efecto, el numeral décimo del Auto de Selección de Tutelas del 26 de septiembre de 2017 precisó en su parte final que se emitirá una sentencia, sólo si así lo considera la Sala de Revisión[109].

En suma, considero que las sentencias acumuladas tienen la finalidad de resolver varios casos con situaciones comunes, principalmente, problemas jurídicos similares, y debido a

que en estos casos lo anterior no ocurría, la Sala de Revisión debió desacumular los asuntos.

4. Ahora bien, la otra razón de mi aclaración está relacionada con el primer caso analizado (Expediente T-633366, Orlando Fandiño contra Alcaldía de Ciénaga). En este asunto, la Sala de Revisión estructuró la decisión de la siguiente manera: Primero, analizó el derecho fundamental a la seguridad social en condiciones dignas y justas. Segundo, explicó el derecho fundamental al habeas data y el deber constitucional de conservar y administrar diligente y adecuadamente los archivos. Y tercero, efectuó algunas precisiones básicas sobre los formularios que son necesarios para que Colpensiones pueda emitir bonos pensionales, según la Circular N° 8 de 2014 de esa entidad.

En la sentencia se explica que si bien las instancias concedieron el amparo y ordenaron a la Alcaldía de Ciénaga reconstruir la historia laboral del actor, ésta protección no es suficiente, porque en esa orden se indicó que la entidad sólo puede expedir la certificación que necesita el actor para la emisión del bono pensional, si así se concluyere.

Para la Sala de Revisión es claro que esa orden puede incentivar las maniobras dilatorias que la Alcaldía ha venido ejecutando para no expedir tal certificación al actor, lo cual sin duda vulnera su derecho al habeas data y a la seguridad social. En efecto, se indica que el actor lleva más de un año en ese trámite, a pesar de haber aportado todas las pruebas necesarias para la expedición de su bono pensional.

Por lo tanto, ordenó a la Alcaldía “iniciar la reconstrucción del expediente” de manera tal que se incluyan todos los periodos que él cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, dentro de los 30 días hábiles a partir de la notificación de la sentencia (primera orden). Adicional a ello, si la Alcaldía no cumple con lo anterior, ordenó a la entidad expedir los certificados del actor para el bono pensional, teniendo en cuenta cualquiera de los medios de prueba que establece la ley (segunda orden).

Si bien comparto la decisión de la Sala, el motivo de mi aclaración de voto está referido a las órdenes proferidas en la sentencia, pues considero que faltó contundencia en la protección. En efecto, la segunda orden debió ser la principal, en tanto que: a) se ordenó “iniciar” el proceso de reconstrucción del expediente, cuando la misma sentencia reprocha a la Alcaldía que lleva más de un año en ese proceso de reconstrucción; b) así mismo,

estimo que la Corte debió dar valor probatorio a los certificados y documentos que el actor aportó y que acreditaban el tiempo que él laboró para las Empresas Municipales; y por último, c) la primera orden no soluciona la situación del actor, en tanto el proceso de reconstrucción ya se había ordenado.

Así mismo, estimo que debió advertirse a la Alcaldía que debía abstenerse de solicitar al actor documentos adicionales para probar su vinculación laboral y sus salarios, ya que éste había aportado todos los soportes que permitían a la Alcaldía certificar de manera razonable la vinculación del accionante. La advertencia era necesaria debido a que la Alcaldía se demoró un año aproximadamente en el proceso de reconstrucción del expediente del actor y se negó a emitir la certificación solicitada.

No siendo otro el motivo de mi aclaración de voto reitero que, a pesar de los puntos señalados, comparto la decisión de acceder a la protección constitucional en el proceso T-6.333.661.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Ver cuaderno 1.

[2] Ver folio 19 del cuaderno principal.

[3] Ibidem.

[5] Equivalentes a 1010 semanas.

[6] Ver cuaderno 1.

[7] Ver folio 102 del cuaderno principal.

[8] Ver folio 20 del cuaderno principal.

[9] Ver folios 25 al 27 del cuaderno principal.

[10] Ver folio 30 del cuaderno principal.

[11] Visible a folio 14 del cuaderno 1.

[12] Artículos 1º y 5º del Decreto 2591 de 1991.

[13] Ver Sentencia SU-617 de 2014.

[14] Sentencia SU-961 de 1999.

[15] En diversas oportunidades esta Corporación ha establecido que los derechos pensionales son imprescriptibles, lo cual implica que los mismos pueden reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. El carácter imprescriptible de los derechos pensionales se deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), y los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 CP). El derecho a determinada pensión nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. Un beneficiario puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación. La imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependían en gran medida de los aportes del causante para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de imprescriptibilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana.

[16] Cfr. sentencia T-639 de 2017. Ver, entre otras, las sentencias T-039 de 2017 y T-281 de 2016.

[17] Al respecto ver T-681 de 2011, T-037 de 2014, T-292 de 2014 y T-324 de 2014, entre otras.

[18] Consultar T-262 de 2014, T-292 de 2014 y T-350 de 2015.

[19] Ver sentencias T-831 de 2014, T-155 de 2011 y T-932 de 2008, entre otras.

[20] Código Sustantivo de Trabajo. Prescripción de las Acciones. Artículo 488: “Regla General. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

[21] Ver las sentencias T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009, T-338 de 2010, T-135 de 2015, T-379 de 2015 y T-291 de 2016, entre otras.

[22] Ver, entre otros, los Fallos T-742 de 2002 y T-441 de 2003, reiterados en T-291 de 2016.

[23] Cfr. SU-622 de 2001, reiterada recientemente en las Sentencias T-135 de 2015 y T-291 de 2016.

[24] En la sentencia T- 244 de 2017, la Corte cita: “(...) el cumplimiento del principio de subsidiariedad exige que la puesta a consideración de los conflictos jurídicos ya sea por vía administrativa o jurisdiccional se efectúe diligentemente, es decir dentro de los límites temporales que el mismo ordenamiento jurídico impone en muchos casos, siendo únicamente viable la habilitación de la acción de tutela cuando dichos medios a pesar de haber sido agotados no brindaron la protección iusfundamental o cuando a pesar de que existan, los mismos no resulten idóneos, caso en el cual la protección tutelar podrá obtenerse como mecanismo transitorio”. Sentencia T-584 de 2012.

[25] T-892 de 2013.

[26] Ver sentencia T-1172 de 2008 y T-144 de 2013.

[27] El actor nació el 23 de enero de 1945.

[28] Ver folio 37 del cuaderno principal.

[29] El pago de servicios públicos y alimentos.

[30] El actor nació el 9 de agosto de 1940.

[31] Según verificación del Despacho del magistrado sustanciador en www.sisben.gov.co

[32] El artículo 1º Superior instituye al trabajo en uno de los cuatro pilares fundantes del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, el cual se encuentra organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

[33] El artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social puede ser concebida desde dos posturas diferentes: la que la define como un servicio público de carácter obligatorio y la que la cataloga como un derecho irrenunciable.

[34] Providencia T-352 de 1996.

[35] Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

[36] Sentencia T-730 de 2012.

[38] Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a [...] conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de

entidades públicas y privadas.

[39] Sentencia C-748 de 2011, entre otras.

[40] Sentencia 729 de 2002.

[41] Sentencia T-160 de 2005. También pueden consultarse, entre otras las sentencias T-718 de 2005, T-1067 de 2007, T-144 de 2013 y C-1011 de 2008.

[42] Sentencias T-718 de 2005 y C-1011 de 2008.

[43] T-718 de 2005.

[44] Código General del Proceso. ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

[45] Sentencias T-116 de 1997, T-875 de 2010 y T-1172 de 2008, T-592 de 2013 y T-926 de 2013, entre otras.

[46] Código General del Proceso. Artículo 126. Trámite para la reconstrucción. En caso de pérdida total o parcial de un expediente se procederá así:

1. El apoderado de la parte interesada formulará su solicitud de reconstrucción y expresará el estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él. La reconstrucción también procederá de oficio.

2. El juez fijará fecha para audiencia con el objeto de comprobar la actuación surtida y el estado en que se hallaba el proceso, para lo cual ordenará a las partes que aporten las grabaciones y documentos que posean. En la misma audiencia resolverá sobre la reconstrucción.

3. Si solo concurriere a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el expediente con base en la exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en ella.

4. Cuando se trate de pérdida total del expediente y las partes no concurran a la audiencia o la reconstrucción no fuere posible, o de pérdida parcial que impida la continuación del proceso, el juez declarará terminado el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante a promoverlo de nuevo.

5. Reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido.

[47] Como ejemplos se pueden citar: (i) en la sentencia T-256 de 2007, la Corte conoció un caso en que los archivos que contenían la información laboral del actor no se encontraban porque al parecer fueron destruidos como resultado de tomas guerrilleras; la decisión fue ordenar a la alcaldía municipal reconstruir los expedientes que resultaron afectados por esta situación, pues de no hacerlo, se constituiría una grave violación a los derechos de las personas que trabajaron al servicio de la administración municipal, pues se impediría el acceso a una futura pensión de vejez y (ii) en la sentencia T-592 de 2013, la vulneración de derechos se predica de la negativa de la entidad territorial accionada de expedir un certificado laboral que requiere el actor para iniciar el trámite de solicitud de su pensión de vejez, aduciendo que no reposan en los archivos de la entidad documentos que acrediten el nombramiento ni la posesión en el cargo, pero sin adelantar gestión alguna para reconstruir la información, a pesar de que la misma se encuentra en otras dependencias de la entidad y el titular de los datos ofreció pruebas de la misma. La decisión fue ordenar a la alcaldía municipal que iniciara la reconstrucción del expediente, adoptando una decisión definitiva. Si la administración accionada no cumple con lo previsto en el término señalado, deberá expedir el certificado laboral solicitado, en los formatos requeridos por COLPENSIONES para la emisión del bono pensional del accionante.

[48] Fuente: Archivo interno entidad emisora: COLPENSIONES.
https://normativa.COLPENSIONES.gov.co/colpens/docs/circular_COLPENSIONES_0008_2014.htm#NF26

[49] Diario Oficial No. 44.302, del 24 de enero de 2001; “Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 115, 117 y 128 de la Ley 100 de 1993, el Decreto-ley 1314 de 1994 y el artículo 20 del Decreto-ley 656 de 1994”.

[50] Proferido por secretario administrativo del municipio de Ciénaga (Magdalena).

[51] La Sala advierte que se trata del salario devengado durante el año 1994.

[52] Proferido por secretario administrativo del municipio de Ciénaga (Magdalena).

[53] El actor es beneficiario del régimen de transición, toda vez que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, -1º de abril de 1994-, contaba con más de 40 años. Además, se trata de un derecho adquirido desde en enero de 2005, por lo que no es necesario cumplir con el requisito para permanecer en el régimen de transición. Sin embargo, se aclara que el accionante cuenta con 824,71 al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005:

EMPLEADOR

TIEMPO LABORADO

TOTAL

AÑOS

TOTAL DIAS

SEMANAS

cotizadas

Gobernación Magdalena

Desde 11-04-1980 Hasta 29-05-1989

9a 1m 25d

3.295

470.71

Alcaldía de Ciénaga

Desde 01-02-1994 Hasta 22-12-2000

2.478

354

TOTAL TIEMPO LABORADO

16 años 13 días

5.773

824.71

[54] En aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, cuyo artículo 12 establece que “tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

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

[55] 23 de enero de 1985 al 23 de enero de 2005.

[56] En cumplimiento del Código General del Proceso y del Decreto 052 del 6 de febrero de 2016, expedido por el municipio de Ciénaga, por el cual se determina el procedimiento de reconstrucción de expedientes en dicha entidad territorial.

[57] Obra a folio 13 del cuaderno 1.

[58] Citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL12896-2014, Radicación N° 42101 Acta 34 del 24 de septiembre de 2014. En ese fallo se explicó que así

fue destacado en la exposición de motivos de dicha normativa, en la que se resaltó que su surgimiento se erigió en la necesidad de paliar unos derechos vitales, que estaban huérfanos de amparo, y que debían atenderse, máxime la coyuntura por la que se atravesaba y en la que se aspiraba a la instauración del Estado que asumiera su función de benefactor: “En el régimen de prestaciones patronales la efectividad de los derechos del trabajador está subordinado a la solvencia del empresario, en el de los seguros sociales esos derechos están siempre garantizados, aunque quiebre o desaparezca el patrono accidental”. Tomado del texto de sustentación de la ley, presentado por el Ministro de Trabajo de la época al Congreso el 26 de julio de 1946.

[59] “A pesar de que la instauración tendía 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 la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social. En aquellos casos en que el Instituto de Seguros Sociales hubiese asumido el pago de los seguros sociales, los recursos para su pago se obtendrían de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de esta ley -90 de 1946-, precepto que instituyó un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y del Estado para el sostenimiento de las prestaciones correspondientes al seguro social obligatorio. El sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono”. Así lo explicó la Sentencia T-549 de 2012, reiterando la Sentencia T-784 de 2012.

[60] 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.

[61] Ley 90 de 1946, artículo 72.

[62] Artículo 8º.

[63] En 1948 surgió la oficina de Medellín y posteriormente la de Quindío, Valle, Valle del Cauca, Zona Bananera y del Caribe. ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social.

[64] 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.

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

[66] Sentencia SU-769 de 2014.

[67] Sentencia T-201 de 2012. 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”;

(iii) 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”

[68] Y sobre esa máxima evocó la sentencia T-334 de 2011 que en su parte pertinente sostuvo: 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.

En la sentencia SU-769 de 2014, la Corte 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.

9.3. Finalmente, también es posible acumular el 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 semanas aportadas al Instituto de Seguros Sociales. Lo anterior, toda vez que se trata de una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, y porque el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía dicha carga prestacional.

[69] 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.

[70] Sobre este punto ver sentencia T-719 de 2011.

[71] El actor consideraba que la empresa Chevron Petroleum Company vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la especial protección a la persona de la tercera edad y, en tal sentido, pretendía con la acción de tutela que se le ordene a esa empresa reconocer el pago de los valores que corresponderían al bono pensional y para el efecto realizar la liquidación actuarial respectiva, de conformidad con lo devengado en el periodo comprendido entre noviembre de 1984 y noviembre de 1993. Así mismo pretendía que el valor resultante se coloque a disposición del ISS y que se vincule como parte a este Instituto. La Sala de Revisión reiteró los argumentos relevantes expuestos en la sentencia T-890/11, concretamente los relacionados con el carácter subsidiario de la acción de tutela; la procedencia excepcional de esta acción para el reconocimiento y pago de acreencias laborales, específicamente las pensionales; la pensión de los trabajadores del sector privado antes y después de la Ley 100 de 1993 y la obligación de las empresas del sector petrolero de inscribir a sus trabajadores en el Instituto de Seguros Sociales.

[72] En esa oportunidad, se referenció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada que reconoce que aquellas personas que, al igual que la accionante, llevaban menos de 10 años de servicio con el mismo empleador al momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumió los riesgos de vejez, invalidez y muerte, y se retiraron voluntariamente del servicio luego de haber laborado durante más de 15 años, tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. Por lo anterior, con el fin de proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social la Corte Constitucional

ordenó a Almacenes Éxito SA que reconozca la pensión por retiro voluntario.

[73] 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.

[74] 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.

[75] 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.

[76] Expediente T-4.885.843. El accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez a COLPENSIONES, la cual le fue negada por la entidad oponiendo que no cumplía con las semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005 para mantener el régimen de transición y que tampoco cumple con el tiempo de servicios exigido en la Ley 100 para acceder al derecho reclamado. Una vez revisada la documentación aportada por el actor, la Sala constató que la administradora de pensiones no tuvo en cuenta un total de 327,55 semanas trabajadas por el accionante antes de 2005 que, sumadas a las reconocidas por la

entidad, arrojan un total de 882,95 semanas.

En consecuencia, sumando el tiempo omitido al tiempo laborado, el actor contaba con 1037 semanas cotizadas y 63 años de edad, circunstancias que, de acuerdo al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, daban lugar a que al actor acceda al derecho a la pensión de vejez.

Considerando que el actor manifestó que no cuenta con los medios económicos necesarios para garantizar su subsistencia y que le asiste el derecho pensional reclamado, la Sala decidió conceder el amparo y ordenando a COLPENSIONES proferir un nuevo acto administrativo, donde resuelva, acorde con las consideraciones de esta sentencia, la solicitud pensional del actor. Ahora bien, le corresponderá a COLPENSIONES, acudir a la instancia judicial que corresponda, para definir quién debe pagar las semanas laboradas por el empleador en la Flota Mercante, pero que no fueron cotizadas a la entidad.

[77] Además de la línea jurisprudencial reseñada en esta providencia, confrontar la Sentencia T-760 de 2014: “la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, surgió con la Ley 90 de 1946”.

[78] CSJ SL9856-2014 (Radicación n° 41745) Acta 25 del 16 de julio de 2014. Providencia en la que la Corte Suprema de Justicia cambió de criterio, a fin de ordenar la constitución de la reserva actuarial.

[79] Decreto que creo el Seguro de invalidez, vejez y muerte.

[80] Requisito consagrado en el literal c) del artículo 33 y reiterado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

[81] Radicación n.° 43740, sentencia del 21 de noviembre de 2017, que reitera la SL14215-2017.

[82] Ley 6ª de 1945. ARTÍCULO 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. (...).

[83] Ley 100 de 1993, artículo 33, literal e).

[84] Se ordenó al trabajador pagar el 25% del cálculo actuarial.

[85] Se trataba de entidad de derecho público.

[87] La Sala de Revisión ordenó nuevo acto administrativo. Se precisa que los casos concretos no aplican al caso sub judice pero en esa ocasión la Sala consideró vulnerado el derecho a la seguridad social del accionante ante la omisión de aportes del empleador.

[88] Esta providencia cita in extensu la sentencia SU-769/2014.

[89] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: la posición actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es considerar 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 ello, 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.

[90] Texto original de la Ley 90 de 1946:

ARTÍCULO 2º. Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones.

ARTICULO 72. Las prestaciones reglamentadas en esta ley, 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 anteriores.

(Corte Suprema de Justicia, Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Medina Moyano).

ARTICULO 76. 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. (Corte Suprema de Justicia, Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 70 del 9 de septiembre de 1982, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Medina Moyano).

[91] CST ARTICULO 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.

[92] Corte Constitucional, Sentencia T-784 de 2010.

[93] Corte Constitucional, Sentencia T-714 de 2015.

[94] Según la certificación laboral aportada al expediente: mensajero en comisariato, obrero aseo, mensajero en ferrocarril, aseo en laminación, obrero mecánica en taller ferrocarriles, ayudante mecánica en taller ferrocarriles, mecánico ajustador de tercera en taller ferrocarriles y fogonero de vapor de primer en ferrocarriles -transportes. Obra a folio 47 del cuaderno 1.

[95] Obra a folio 48 del cuaderno 1.

[96] Obra a folio 86 del cuaderno 1.

[97] Obra a folio 30 cuaderno principal.

[98] Obra a Folio 48 cuaderno 1.

[99] La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha decantado que “la desaparición de la ley por virtud de su derogatoria no permite en forma alguna el desconocimiento de los derechos válidamente adquiridos bajo su imperio. La causación de un derecho no depende entonces de que su titular lo solicite durante la vigencia de la norma que lo consagró’. (Reiteración Rad.5902, 24 de febrero de 2016).

[100] Cfr. las sentencias T-482-2010, T 607-2007. T075-2008, T-475-2013 y T-370 de 2016, entre otras.

[101] Obra en el expediente copia de la Resolución 004651 de 2006 (folio 51 del cuaderno 1) y Certificación expedida por la Dirección de Nomina de Pensionados de COLPENSIONES (folio 25 del cuaderno principal).

[102] El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, sobre indemnización sustitutiva, consagra lo siguiente: Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no

hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

[103] Ver, en ese sentido, las sentencias T-861 de 2014 y T-596 de 2016, entre otras.

[104] En efecto, en el anterior sentido fue entendida la indemnización sustitutiva por parte de esta Corte, cuando al examinar su constitucionalidad, señaló lo siguiente:

“Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva no instituyó mandato alguno que vincular tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante.

27.- En conclusión, el cargo de vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad no prospera, por cuanto la norma demandada, tal como fue señalado por la vista fiscal y por todos los intervinientes, no impone la obligación de recibir la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, sino que, por el contrario, ofrece una alternativa, permaneciendo siempre en cabeza del afiliado la decisión de optar o no por dicha prerrogativa. En ese sentido, pueden las personas que se encuentran cubiertas por el supuesto de hecho de la norma demandada continuar cotizando al sistema para cumplir con el tiempo de servicios necesario para tener acceso a la pensión de vejez” (Corte Constitucional, Sentencia C- 375 de 2004).

[105] “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación

definida”. “[...] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”.

[106] Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Sentencia de 7 de julio de 2009, rad. N° 35896), señaló: “La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones”.

[107] Sala de Selección Número Nueve de 2017, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas.

[108] PROBLEMAS JURÍDICOS: La sentencia propuso dos problemas jurídicos a resolver:

En relación al segundo: “¿Se vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, cuando Colpensiones niega el reconocimiento y pago de su pensión de vejez bajo el argumento de no cumplir los requisitos, siendo que su empleador omitió 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 estaba obligado a cotizar para dicha prestación?”

[109] DÉCIMO.- ACUMULAR el expediente T-6.350.884 que fue seleccionado y repartido al Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, al expediente T6.333.661, seleccionado por la Sala de Selección el catorce (14) de septiembre de 2017, por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia, si así lo considera la correspondiente Sala de Revisión