

T-435-14

Sentencia T-435/14

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA RESPECTO DE EMPRESA CONTRA LA CUAL SE PRESENTO ESTA ACCION NO FUE ACUMULADA EN SEDE DE INSTANCIA NI SELECCIONADA PARA REVISION

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE INMEDIATEZ DE ACUERDO CON ULTIMO PROCEDER DEL ISS AL CUAL SE LE ATRIBUYE PRESUNTA VULNERACION

AUSENCIA DE AFILIACION DEL ACCIONANTE AL ISS POR DOS PERIODOS LABORADOS A INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER CON FUNDAMENTO QUE EN MUNICIPIO NO EXISTIA CUBRIMIENTO DEL ISS Y TAMPOCO OBLIGACION PATRONAL DE AFILIACION-Vulneración de derechos fundamentales a la seguridad y al mínimo vital

REGIMEN DE PENSIONES QUE PERMITA LA ACUMULACION DE TIEMPOS Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

PENSION DE CONFORMIDAD CON ACUERDO 049/90-A pesar de haber hecho cotizaciones a Cajas de Previsión Social de carácter público

SUSTITUCION PATRONAL Y OBLIGACIONES CONSECUENTES

EXISTENCIA DEL DEBER DEL EMPLEADOR DE RECONOCER TIEMPOS DE APORTES AL SISTEMA MIENTRAS SU TRABAJADOR NO ESTABA AFILIADO AL ISS Y AL MOMENTO DE LA SUSTITUCION DEL RIESGO NO HABIA COMPLETADO 10 AÑOS DE SERVICIOS

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD E IN DUBIO PRO OPERARIO-Aplicación a la resolución de casos que implican acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir semanas necesarias para acceder a pensión de vejez bajo régimen de transición

OBLIGACION PRESTACIONAL DE CEMEX-No existe impedimento para que la Corte se pronuncie respecto de una eventual obligación a pesar de la existencia de otra acción de tutela y presunta configuración de cosa juzgada

## COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Inexistencia en este caso

La Sala encuentra que existe otra razón, en el caso concreto, por la que es posible emitir una decisión de fondo. En efecto, a la anterior conclusión se suma que si bien las tutelas que ahora son objeto de revisión están dirigidas contra Colpensiones y la ELC, el objeto de la controversia de éstas y de la dirigida contra Cemex S.A. es idéntico, situación que no puede desconocerse por parte de la Sala, en el sentido de declarar la existencia de cosa juzgada frente a un asunto que, a pesar de haber tomado caminos procesales diferentes, conserva su litis material, pues la problemática que debe examinarse en esta sede con relación a las dos tutelas mencionadas es la misma que se propuso en la tutela contra Cemex S.A. y la involucra de lleno como la compañía presuntamente responsable por los periodos laborados y no cotizados frente al riesgo de vejez del peticionario

DEMANDA DE TUTELA Y REQUISITO DE INMEDIATEZ-De acuerdo con el último proceder del ISS al cual se le atribuye una presunta vulneración/TIEMPOS LABORADOS Y NO COTIZADOS POR CEMEX/BONO PENSIONAL A CARGO DE LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia por cuanto medios de defensa ordinarios no son efectivos

La controversia surgida con motivo de la presunta ausencia de aportes por el tiempo efectivamente laborado y no cotizado al sistema, es un asunto propio de competencia de los jueces laborales y de la seguridad social, por lo que, en principio, el demandante tendría a su disposición una acción ordinaria laboral contra el ISS en Liquidación o Colpensiones y sus antiguos empleadores. Aunque en principio la anterior conclusión parecería olvidar que el peticionario ya promovió un proceso ordinario laboral contra Colpensiones sin resultados favorables, la Sala debe aclarar que en el mismo no se pretendió lo que se discute hoy a través de esta acción. En aquél proceso se solicitó el reconocimiento pensional sin lugar a consideraciones sobre tiempo laborado y no cotizado, razón por la que ni siquiera se vinculó a los antiguos empleadores del actor. Tampoco se discutió el asunto sobre la obligatoriedad de la afiliación y menos si había lugar al traslado de aportes o a la expedición de un bono pensional, cuestiones que en efecto serán el punto de análisis de esta Sala al abordar el fondo del caso. Justamente, la anterior explicación permite comprender por qué en esta oportunidad la acción de tutela no está dirigida contra la Sala Laboral de la Corte Suprema

de Justicia ni pretende cuestionar la providencia que resolvió no casar la sentencia de segunda instancia que desestimó las pretensiones del accionante frente al entonces ISS. En ese orden, concluiría la Sala que el actor tiene un mecanismo ordinario judicial para reclamar lo que hoy se pretende revisar en sede de tutela. Sin embargo, de conformidad con las circunstancias del caso no puede afirmarse que la acción laboral se trate de un medio idóneo y eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable de los derechos fundamentales invocados. En efecto, la difícil situación económica por la que atraviesa el peticionario en conjunto con su avanzada edad- 70 años- y su delicado estado de salud coronario que, por demás no le permiten trabajar, tipifican la condición del accionante como una de aquellas que impiden que acuda en condiciones de normal espera a la jurisdicción ordinaria

SUSTITUCION PATRONAL-Hipótesis fácticas que se pueden presentar son diversas

Las hipótesis fácticas al interior de la sustitución patronal son diversas, puesto que si bien en unas se pretende mantener la unidad de los contratos laborales dada la continuidad del trabajador, en otras, el término de la relación laboral puede producirse antes de la sustitución, pero es posible que subsistan obligaciones prestacionales que al momento del reclamo futuro comprometan al nuevo patrono. Así por ejemplo, los casos de aquellas personas que se desvinculan por adquirir el status de pensionado con anterioridad a la sustitución y que posterior a ella reclaman al nuevo patrono las mesadas pensionales que estaba asumiendo el antiguo. Igualmente, pueden presentarse eventos en los que un trabajador pese a haberse retirado de la empresa con anterioridad al cambio de patrono y sin ninguna prestación vigente, en el futuro deba reclamar derechos de origen previo al cambio patronal. Dado el abanico de posibilidades frente a la situación del trabajador e inclusive su reconocimiento por el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, observa la Sala que en la figura de la sustitución pensional concurren, al menos, dos elementos esenciales: (i) el cambio de patrono por cualquier causa y (ii) la identidad en las actividades o negocios entre el sustituido y el sustituto. En todo caso, esta figura de origen legal compromete un importante fin constitucional, como quiera que se trata de proteger y, en algunos casos, dar continuidad a los derechos de los trabajadores que, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, resultan inalienables e indisponibles frente a cualquier arreglo patronal o comercial que pretenda afectar garantías consolidadas, aspecto frente al cual, el mismo artículo Superior se ha mostrado categórico: “la ley, los contratos,

los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”

TRANSITO PRESTACIONAL ENTRE PENSIONES PATRONALES Y ASUNCION DE RIESGOS DE VEJEZ POR PARTE DEL ISS/APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Casos en que trabajadores que al momento de afiliación al ISS no llevaban con el mismo empleador 10 años de servicios y cuyas hipótesis no están contempladas por artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041/66

#### EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

La equidad aparece como la principal herramienta que debe guiar la aplicación del régimen supletorio de las normas del trabajo, lo que resulta a fin con lo previsto en el inciso 2º del artículo 230 constitucional, en el que se reconoce su status como criterio auxiliar de la actividad judicial, más allá de que en algunos escenarios, como la función que prestan los jueces de paz o en los casos de tribunales de arbitramento habilitados para resolver litigios en equidad, desempeñe el papel principal

#### EQUIDAD COMO CRITERIO DE INTERPRETACION-Elementos que orientan su aplicación

Al momento de acudir a la equidad como criterio de interpretación, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos que orientan su aplicación: “(...) El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes -sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial- es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la

estricta y rigurosamente deducida de la norma legal”

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Casos en que se ubicó a trabajadores en situación de desprotección frente a la pérdida de tiempos laborados con anterioridad a la afiliación al ISS/APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Para equilibrar cargas entre trabajador y empleador cuando se solicita pensión de vejez de trabajadores que llevaban menos de 10 años al momento de afiliación al ISS/DEBER DE LOS EMPRESARIOS DE ACTUAR CON DILIGENCIA PROPIA DEL “BUEN PADRE DE FAMILIA” EN EL CUIDADO DE SUS NEGOCIOS

Existe una circunstancia específica respecto de la cual el legislador no ofreció un remedio legal y que, de un lado, ubicó al trabajador en un situación de desprotección frente a la pérdida de los tiempos laborados con anterioridad a la afiliación al ISS y que, de otro, se encargó de beneficiar al empleador en el sentido de liberarlo por completo de cualquier reconocimiento que representara dicho tiempo de labor de sus asalariados. La aplicación de la equidad, en este caso, demanda que se equilibren las cargas entre trabajador y empleador, pues si bien este último no fue obligado expresamente por el legislador a reconocer dicho tiempo de servicios, circunstancia visible a través de la historia y la forma como se pretendió hacer la subrogación de los riesgos por el sistema; también es cierto que la decisión legislativa de implementar el mismo no puede soportarla únicamente el asalariado, quien trabajó con una misma empresa un tiempo que en muchos casos le significó una porción importante de su vida laboral y frente al cual mantuvo la expectativa de que se reconocería al momento de obtener una pensión, considerando que antes de operar la afiliación, era el patrono quien estaba sometido a una obligación condicional relativa a una prestación plena o restringida, según fuera el caso. Si bien la equidad no exige un equilibrio perfecto, es precisamente la carga excesivamente onerosa que debe soportar el trabajador en estos casos lo que repugna a dicho principio, pues como consecuencia de la ausencia de un remedio jurídico a su situación, estas personas actualmente no cuentan con un auxilio mínimo en su senectud, a pesar de haber entregado su fuerza laboral, casi en todos los casos, en su edad más productiva. Por la misma forma como se concibió el Sistema de Seguridad Social, esto es, como un interfaz progresivo tendiente a brindar una cobertura universal, los empleadores no tenían certeza de cuando podían ser llamados por ISS, motivo por el que de una u otra forma, seguían sometidos a una serie de disposiciones legales que contemplaban obligaciones futuras de índole económico que estaban sometidas al cumplimiento de una serie de condiciones, como lo

eran que el trabajador prestara sus servicios por más de 20 años o que el empleador fuera llamado por el ISS para subrogar el riesgo de vejez, por lo cual era deber de los empresarios actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia” en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año 1887, y adoptar las medidas para garantizar las prestaciones a las que eventualmente su trabajador pudiera llegar a tener derecho. Así, aunque por diferentes circunstancias, ya sean fácticas o normativas, dichas condiciones no se hayan cumplido, esto no implica per se que el juez constitucional no pueda tener en cuenta tales situaciones para realizar una aplicación del principio de equidad, máxime cuando el único afectado por el tránsito legislativo, en casos como el estudiado, es el empleado, a pesar que de la relación laboral se beneficiaron ambos extremos del vínculo contractual

PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Casos en que el tránsito legislativo afectó a los trabajadores/PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir requisitos mínimos de pensión de vejez

Así en virtud del principio extensamente explicado, para superar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de jubilación, la Sala considera que los antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, siendo enfáticos en que no se trata de la totalidad de los aportes por el tiempo completo laborado sino el necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes. Así mismo, para efectos de los aportes, el salario que debería tenerse en cuenta no ha de ser necesariamente el que devengaba el extrabajador, sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral. Igualmente, considerando que fue el Estado Colombiano, a través del legislador, quien de alguna forma omitió brindar un remedio legal para los casos del contingente pensional que se analiza, también le asiste responsabilidad, la cual debe ser asumida por el Sistema en el sentido de no recibir todos los aportes de la vida laboral de una persona, sino tan solo los necesarios para obtener la pensión. Finalmente, teniendo en cuenta que las cotizaciones al sistema también se componen de un aporte del trabajador, considera la Sala que en estos casos el mismo debe contribuir en una proporción

PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Requisitos que debe probar el trabajador

Siguiendo la misma línea de que con la aplicación del principio de equidad no puede generarse otra situación de asimetría como la que se pretende corregir, a lo anterior debe agregarse que si la persona busca por este medio lograr una pensión para amparar su vejez, no sería razonable que lo hiciera contando con otras pensiones o cumpliendo los requisitos para ellas, desvirtuando al mismo tiempo la búsqueda de cometidos superiores como la dignidad humana o el derecho al mínimo vital. En efecto, la Sala considera que una solución en equidad debe brindarse cuando el trabajador, en la hipótesis que se ha venido tratando, acredite que: (i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esto, con fundamento en que el literal c) del artículo 33 de dicha ley, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 responde en parte el problema jurídico planteado, pues señala que para efectos del cómputo de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez se tendrá en cuenta el tiempo de servicio con empleadores que antes de la vigencia de la ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a su entrada en vigor. (ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador. (iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente, ni para beneficiarse de las hipótesis de compartibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966. (iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas. (v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación de jubilación o estaría muy cerca de ello. Así las cosas, en virtud del principio de equidad, se impone la solución previamente expuesta, esto es, que el empleador que fue sujeto de llamamiento por el ISS es responsable por los aportes mínimos correspondientes al tiempo que el trabajador prestó sus servicios antes de la afiliación al Instituto cuando el mismo llevaba menos de 10 años, siempre que se trate de la única alternativa pensional de la persona.

PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD E IN DUBIO PRO OPERARIO-Aplicación en resolución de

casos que implican acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez bajo régimen de transición

Desde sentencias como la T-090 de 2009, esta Corporación advirtió que en aplicación del principio de favorabilidad (en sentido amplio- in dubio pro operario), procedía la acumulación del tiempo de servicios en el sector público con el número de semanas cotizadas al ISS. Para llegar a esta regla de decisión que, además se ha reiterado en providencias como la T-476 de 2013, T-583 de 2012 y T-100 del mismo año, se afirmó que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, admitía dos interpretaciones concurrentes, serias y objetivas.

#### PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES

PENSION DE VEJEZ-Acumulación de tiempo de servicio para ser beneficiario de régimen de transición del Acuerdo 049/90

La Corte también ha sustentado esta última interpretación en que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no prohíbe la acumulación en tanto no exige expresamente que todas las cotizaciones hayan debido hacerse al Instituto de Seguros Sociales. Así, en virtud del principio de favorabilidad, esta segunda interpretación es la que la Corte ha elegido para resolver este tipo de casos, pues implica que el trabajador pueda conservar los beneficios del régimen de transición y que, de esta manera, se acumulen todos los periodos trabajados en el sector público y las cotizaciones al ISS con el fin de cumplir con el número de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 y así obtener la pensión de vejez. La posibilidad de acumular tiempos no cotizados al ISS bajo el Acuerdo 049 de 1990, es una regla que la Corte ha aplicado también frente a casos en los cuales el trabajador, siendo servidor público sí tuvo aportes a cajas de previsión social, así como semanas cotizadas al ISS a lo largo de su vida laboral. En sentencias como la T-398 de 2009, T-714 de 2011 y T-093 del mismo año, se han examinado las tutelas de personas que, siendo beneficiarias del régimen de transición y por haber cotizado a cajas de previsión social como al ISS, en principio debería aplicárseles la Ley 71 de 1988; no obstante la Corte les ha reconocido la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990. Aunque en tales oportunidades la justificación del cambio en la aplicación del régimen especial no había sido

clara, considerando que en principio lo aplicable para acumular tiempo cotizado a cajas de previsión y al ISS era la citada Ley 71 de 1988, solo en la sentencia T-093 de 2011 se sugirió que “[S]i bien el peticionario, mediante la (...) acción de tutela, solicita[ba] la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, en atención al principio de favorabilidad, se [procedía] a analizar (...) la posibilidad de aplicar el artículo 12 de Acuerdo 049 de 1990. Esto, porque de los posibles regímenes de transición de los que puede ser beneficiario el actor, [este último es] el más favorable”. En efecto, la anterior interpretación es sin duda resultado de la aplicación del principio de favorabilidad en sentido estricto, en la medida en que, de varias disposiciones jurídicas aplicables al caso concreto o que gobiernan su solución (artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990), la Corte ha elegido el canon que más protege los derechos del trabajador. Esta hipótesis debe ser aclarada por esta Sala en los siguientes términos. Si bien en principio la Ley 71 de 1988 solo permitía la acumulación de aportes a cajas de previsión y al ISS- por ello recibía el nombre de pensión por aportes-, con la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado en 2013, que ya venía desarrollándose desde 2001, se determinó que todo el tiempo de servicios laborado al sector público, cotizado o no a cajas de previsión social o fondos territoriales debía ser tenido en cuenta para efectos de pensionarse con la citada ley. Lo anterior, bajo el entendido de que el derecho irrenunciable a la pensión no podía truncarse por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, más cuando con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 la afiliación a la seguridad social de los servidores públicos era facultativa. En tal sentido, puede observarse que con la interpretación hecha por el Consejo de Estado, la hipótesis pensional contemplada por la Ley 71 de 1988 ya incluye la suma de tiempos laborados para el sector público y privado, sin importar si los primeros habían sido aportados a una caja de previsión. Así entonces, junto con el Acuerdo 049 de 1990, de acuerdo a la interpretación hecha por esta Corporación, ambas normatividades pueden gobernar la solución de casos en los que coexisten tiempos laborados para el sector público, cotizados o no a cajas o fondos públicos, y aportes al ISS.

PENSION DE VEJEZ-Aplicación del Acuerdo 049/90 por resultar más favorable al exigir sólo 1000 semanas/PENSION DE VEJEZ-Ley 71/88 exige 20 años de servicio que equivalen a 1028.57 semanas

Siendo ambas disposiciones regulatorias de los casos en comento, este Tribunal, mediante

los pronunciamientos ya señalados, ha optado por la aplicación del Acuerdo 049 de 1990. Sin desconocerse que los análisis hechos bajo el principio de favorabilidad siempre demandan su aplicación en cada caso concreto, esta Sala observa que, al menos sobre el requisito del tiempo de servicios, el Acuerdo 049 de 1990 solo exige 1000 semanas mientras que con la Ley 71 de 1988 se requieren 20 años de servicios para pensionarse, o lo que es lo mismo en semanas, 1028,57. Este presupuesto, visto en su generalidad, puede resultar una razón suficiente para considerar que obtener la pensión por Acuerdo 049 de 1990, al menos en el asunto de tiempo, resulta más favorable que solicitarla al amparo de la citada ley.

SUSTITUCION PATRONAL-Caso en que aunque no se surtió de manera expresa, no por ello no existió

Como se observa, entre Cemex S.A. e Industrias e Inversiones Samper S.A. no hubo una sustitución expresa ni directa. Sin embargo, tampoco hubo solución de continuidad en toda la cadena patronal, tanto que puede advertirse cómo Cemex S.A. absorbió a una empresa de la misma línea de sus actividades cementeras, que traía consigo una sustitución patronal con otra compañía. En efecto, es manifiesto que hubo un cambio de empleador por cualquier causa, que en este caso sería la absorción de la demandada frente a Cementos Diamante S.A., a la vez sustituto expreso de Industrias e Inversiones Samper S.A.; así como que el giro de las actividades y negocios se mantuvo, puesto que ambas empresas se dedicaban básicamente a la producción y transformación del cemento. En ese orden, la Sala da cuenta de que si bien no se surtió una sustitución patronal expresa no por ello no existió, puesto que tal como se vio, la hipótesis fáctica coincide con lo señalado por el legislador laboral en el artículo 67 del Código Sustantivo respectivo. Sobre esa base, no existe ningún impedimento frente a la legitimación por pasiva de Cemex S.A. en el actual trámite de revisión.

SUSTITUCION PATRONAL Y OBLIGACION DE NUEVO EMPLEADOR DE RECONOCER TIEMPOS DE APORTES A PENSION-Caso en que en el lugar donde prestaba sus servicios el trabajador no había cobertura del ISS/SUSTITUCION PATRONAL Y OBLIGACION DE NUEVO EMPLEADOR DE RECONOCER TIEMPOS DE APORTES A PENSION-Subreglas aplicables/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIO/APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD ANTE INEXISTENCIA DE REMEDIO LEGAL

Frente a lo anterior, cabe decir que, tal como se expuso en el capítulo 6, la acumulación entre el tiempo cotizado al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca con los aportes hechos al ISS es posible y que, de conformidad con la aplicación del principio de favorabilidad en sentido estricto, el régimen aplicable al accionante debe ser el Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, puesto que con la Ley 71 de 1988, al actor le harían falta 9 meses y 29 días para cumplir con el requisito de tiempo, algo así como 42 semanas; mientras que si se aplican los requisitos de tiempo del Acuerdo 049 de 1990, al peticionario le harían falta sólo 15 semanas de cotización en un cálculo bastante aproximado. Visto el tema de la acumulación y del régimen aplicable de conformidad con el principio de favorabilidad, la Sala debe señalar que, además, el caso del actor se enmarca en aquellos en los que la ausencia de remedio legal, por tratarse de un trabajador que llevaba menos de 10 años de servicios a una misma empresa al momento de afiliación al ISS, ha afectado su derecho fundamental a la seguridad social puesto que no tiene otra opción pensional, resultando imperioso dar aplicación al principio de equidad y en ese sentido, reconocer para efectos pensionales, todo el tiempo laborado y no cotizado a Samper S.A

**DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ Y ORDEN A COLPENSIONES DE CUBRIR 25% DE APORTES-**  
Caso en que situación del demandante hace necesario dar esta orden, y para que se haga luego la posterior deducción de las mesadas pensionales a pagar/**SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL-**No se verá afectada, por cuanto pensión será reconocida con el cumplimiento de todos los requisitos legales

Para la Sala no pasa inadvertido que la dificultad económica por la que atraviesa el demandante, que fue una de las razones que motivaron la presentación de esta tutela, le impediría cancelar oportunamente el 25% del aporte señalado en el párrafo anterior. Por ese motivo, y considerando que condicionar el reconocimiento pensional al pago de dicho porcentaje por el trabajador constituiría más demoras que podrían llegar a hacer nugatorio el goce efectivo de sus derechos, esta Sala concluye que, como quiera que el derecho a la pensión ya se entiende causado de conformidad con el tiempo laborado, la solución que mejor se aviene para salvaguardar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor sin desatender el principio de equidad que debe informar las relaciones laborales, consiste en ordenar a Colpensiones el cubrimiento inmediato de ese 25% de aportes a favor del señor Ponce de León con la posterior deducción de los mismos de las mesadas pensionales a pagar, sin que ello llegue a afectar los topes del salario mínimo y previo

acuerdo con el pensionado. Por lo demás, este Tribunal resalta que la sostenibilidad financiera del sistema pensional de prima media no se verá afectada, por cuanto la pensión será reconocida con el cumplimiento de todos los requisitos legales, en tanto, se respeta la edad y el número de semanas consagradas en la normatividad, puesto que el actor tiene más 60 años, y si bien la suma de los periodos aportados y los que deberán ser pagados equivalen a 985,85 semanas, la Sala le ordenará al actor que efectúe los aportes por las semanas faltantes a Colpensiones para reunir las 1000, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Referencia: Expediente T-4.187.064

Acción de tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo como agente oficioso de Enrique Ponce de León Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, y la Empresa de Licores de Cundinamarca (ELC), y como vinculados el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, el ISS en liquidación y Cemex S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá- Cundinamarca- el 14 de agosto de 2013, y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior Judicial del mismo distrito el 27 de septiembre del mismo año, dentro de la acción de tutela promovida por la Defensoría del Pueblo en representación de Enrique Ponce de León Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES- y la Empresa de Licores de Cundinamarca,[1] y como vinculado el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca.[2]

## I. ANTECEDENTES

El 19 de octubre de 2012, la Defensoría del Pueblo, en representación del señor Enrique Ponce de León Ávila, presentó acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, y la Empresa de Licores de Cundinamarca por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del agenciado, al no habersele tenido en cuenta el tiempo laborado y no cotizado a dicha empresa, así como a Cemex S.A., y en consecuencia, habersele negado la pensión de vejez.

### 1.1. Hechos relevantes

a) El accionante, de 70 años,[3] trabajó para Industrias e Inversiones Samper S.A. (hoy presuntamente Cemex Colombia S.A.)[4] desde el 3 de julio de 1967 hasta el 15 de marzo de 1974, desempeñando el cargo de dibujante industrial (inicialmente en la Calera y luego en Bogotá), y desde el 8 de abril de 1974 hasta el 16 de septiembre de 1975, el cargo de ingeniero jefe de planeación y programación de equipos en la planta Siberia del municipio La Calera.[5]

b) De acuerdo con la visita administrativa realizada al ISS por la Procuraduría General de la Nación en su labor preventiva, se encontró que Samper S.A. había afiliado al accionante al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de mayo de 1971, razón por la que no efectuaron los aportes correspondientes del 3 de julio de 1967 al 30 de abril de 1971. Asimismo, el Ministerio Público encontró que tampoco se habían efectuado las cotizaciones por todo el tiempo de la segunda vinculación laboral del peticionario, esto es, del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975. [6]

c) Posteriormente, el peticionario se vinculó con los siguientes empleadores, los cuales efectuaron todas sus cotizaciones pensionales al ISS: Protela LTDA (desde el 6 de abril de 1976 al 26 de abril de 1976); CarboQuimica S.A. (desde el 15 de abril de 1977 al 1 de marzo de 1979); Carulla y Cia. (desde el 23 de junio de 1979 al 15 de abril de 1982); y el Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. (desde el 27 de junio de 1990 al 12 de marzo de 1991).

d) Finalmente, el señor Ponce de León trabajó para la Empresa de Licores de Cundinamarca por dos periodos, desde el 19 de mayo de 1992 hasta el 3 de marzo de 1997, y desde el 25 de junio de 1997 hasta el 2 de febrero de 1998.[7] Entre el 19 de mayo de 1992 y el 28 de febrero de 1996 los riesgos por vejez, invalidez y muerte fueron asumidos por la entidad, puesto que actuaba como caja de previsión social.[8] Sin embargo, como consecuencia de la expedición de la Ley 100 de 1993 y la entrada en vigencia de los Decretos Departamentales 00017[9] y 1455 de 1995,[10] desde el 1 de marzo de 1996 hasta el término de la vinculación laboral del señor Ponce de León con la Empresa, la misma estuvo efectuando los aportes pensionales del trabajador al ISS.[11]

e) En la historia laboral del accionante, expedida por el ISS el 20 de julio de 2013, aparecen cotizadas un total de 533,32 semanas.[12]

f) El 21 de febrero de 2005, en respuesta a un derecho de petición, el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez al peticionario, por no contar con las semanas suficientes para obtener la prestación de conformidad con el régimen general de la Ley 100 de 1993. Al respecto, señaló que si bien cumplía con la edad no acreditaba las 1000 semanas exigidas por éste último, pues tan solo tenía 3.639 días válidamente cotizados al fondo y 1.361 días como tiempo de servicios al sector público, para un total de 13 años, 10 meses y 20 días representados en 714 semanas. Finalmente, tampoco encontraron que con la Ley 33 de 1985 el peticionario pudiera pensionarse, puesto que de los 20 años de servicio al sector público requeridos por la norma, solo acreditaba 5 años, 5 meses y 6 días. [13]

g) En sede de reposición, mediante Resolución del 24 de enero de 2006, la anterior decisión fue confirmada con los mismos argumentos, agregando que el accionante tampoco acreditaba los requisitos del Acuerdo 049 de 1990,[14] puesto que solo tenía cotizadas 122 semanas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad requerida según este acuerdo.[15]

h) Surtida la apelación, la decisión también fue confirmada mediante Resolución No.00127 del 31 de enero de 2007. Se indicó que el peticionario tenía 1.363 días laborados al servicio del Estado y 3.703 días registrados válidamente para el Sistema General de Pensiones, arrojando un total de 5.066 días equivalente a 14 años y 26 días. Asimismo, se

advirtió que con Industrias e Inversiones Samper S.A. solo le aparecía cotizado del 1 de mayo de 1971 hasta el 15 de marzo de 1974,[16] por lo que se le sugirió al peticionario que debía solicitar ante la empresa la realización de un cálculo actuarial para que se convalidara el tiempo laborado y no cotizado por la misma.[17]

i) El 16 de octubre de 2007, el accionante presentó demanda ordinaria laboral contra el ISS solicitando el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990 o, subsidiariamente en la Ley 33 de 1985, por considerarse beneficiario del régimen de transición. Mediante sentencia del 20 de junio de 2008, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá denegó las pretensiones de la demanda al concluir que el actor no cumplía con el número de semanas requerido para pensionarse bajo el Acuerdo 049 de 1990, puesto que en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida, esto es, 60 años, solo contaba con 313,42 semanas y en todo el tiempo, no superaba las 1000, pues apenas completaba 710.71 semanas.[18]

j) Presentado el recurso de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Laboral-, mediante providencia del 27 de febrero de 2009 confirmó la sentencia de primera instancia. Para el efecto, argumentó que el accionante no lograba pensionarse con la Ley 33 de 1985 puesto que solo reunía 5 años, 5 meses, y 25 días de labor para el sector público; tampoco con la Ley 71 de 1988 puesto que no reunía los aportes de 20 años acumulados a las entidades de previsión y al ISS, en la medida que solo sumaba 14 años, 1 mes y 9 días; y finalmente mediante el Acuerdo 049 de 1990 tampoco encontró el juez colegiado que el peticionario cumpliera los requisitos, como quiera que en total solo tenía 529,1 semanas cotizadas al ISS, siendo necesarias 1000, y en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad solo contaba con 122, 7 semanas, siendo igualmente insuficiente, dado que la norma exige 500.[19]

k) Simultáneamente, tras múltiples peticiones fallidas, tanto a Samper S.A. como a la Empresa de Licores de Cundinamarca, para que efectuaran los traslados de capital respectivos por el tiempo laborado y no cotizado, en el año 2009 el accionante promovió ante el Instituto de Seguros Sociales “solicitud de cobro coactivo” contra dichas entidades. Sin embargo, el señor Ponce de León asegura que el Instituto ha actuado negligentemente, y aún no ha obtenido el pago de las acreencias pensionales.[20]

l) El 14 de junio de 2011, la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia del Tribunal, puesto que el accionante sustentó sus cargos argumentando la figura de la mora patronal para periodos previos a la afiliación, cuando su argumentación “(...) debió enfocarse a demostrar al Tribunal de casación, que esos tiempos ausentes de afiliación al ISS debían contabilizarse para efectos de la pensión de vejez, lo cual no hizo, centrándose en disquisiciones sobre los efectos de la mora patronal en el pago de aportes que no pueden configurarse si previamente no se ha dado afiliación.” Adicionalmente, señaló que el Tribunal no se había equivocado al no contabilizar el tiempo que, sin estar afiliado al ISS, el peticionario laboró para Industrias e Inversiones Samper S.A., puesto que para que fuera procedente, la empresa debía pagar el respectivo cálculo actuarial de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, “(...) aspecto que de todas maneras no podía definirse (...) en este proceso donde no se solicitó la prestación con base en esa norma, ni se demandó al empleador.”[21] Finalmente, advirtió que en el caso del señor Ponce de León no era viable acumular las cotizaciones al instituto con el tiempo de servicios prestado a la ELC, dado que el recurrente había sido enfático en señalar que reclamaba la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 y no en la Ley 71 de 1988.[22]

m) Paralelo al proceso ordinario, el accionante presentó nuevamente solicitud pensional al ISS, la cual fue negada mediante Resolución del 15 de marzo de 2011 puesto que no cumplía con las 1200 semanas requeridas para ese año de conformidad con el Régimen General de la Ley 100 de 1993. Asimismo, se señaló que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005, tampoco podría obtener la pensión por un régimen especial, puesto que no contaba con 750 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005,[23] único evento en que podrían extenderse los beneficios del régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010.[24]

n) Como quiera que el “proceso de cobro coactivo” iniciado por el ISS no arrojaba resultado alguno, entre mayo y octubre de 2012, el accionante solicitó a la Procuraduría General de la Nación su intervención preventiva en el mismo, radicó múltiples derechos de petición al Instituto para la agilización del trámite y asistió a varias audiencias de conciliación fallidas con Cemex S.A.[25]

o) El 19 de octubre de 2012, la Defensoría del Pueblo, actuando en conjunto con el peticionario, presentó tres acciones de tutela contra personas distintas- Colpensiones, Cemex S.A. y Empresa Licorera de Cundinamarca-, solicitando presuntamente lo mismo, el

reconocimiento de la pensión de vejez.

p) De la tutela contra Cemex S.A., en la que solicitaba el pago de los aportes correspondientes al tiempo laborado y no cotizado,[26] tuvo conocimiento la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, quien mediante providencia del 29 de octubre de 2012 la declaró improcedente, considerando que la omisión de aportes que alegaba el accionante era producto de una situación acaecida hacía más de 37 años.[27] En segunda instancia, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2012, confirmó la providencia de primera instancia, argumentando que no se cumplía con el presupuesto de subsidiariedad, puesto que el peticionario debía acudir a la vía ordinaria para reclamar las cotizaciones que estimara pendientes antes de acudir a esta acción constitucional.[28]

q) Las otras dos acciones, ahora objeto de revisión, una en contra de la Empresa de Licores de Cundinamarca y otra contra Colpensiones, fueron acumuladas en una sola por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante providencia del 18 de enero de 2013. Por efectos de una remisión por reparto el día 29 de mayo de 2013,[29] estas últimas fueron decididas por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

r) El accionante padece significativas lesiones vasculares, por lo que le fue practicada una cirugía de revascularización miocárdica el 6 de julio de 2012 y estuvo incapacitado hasta el 10 de agosto de 2012.[30]

## 1.2. Solicitud

De acuerdo con los hechos anteriores, el peticionario solicita al juez constitucional ordenar, por una parte, a la Empresa de Licores de Cundinamarca, el traslado a Colpensiones de los aportes correspondientes al tiempo efectivamente laborado y no cotizado por la misma,[31] y por otra, a Colpensiones, el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y todos sus efectos, como primas, reajustes, retroactivo e indemnización monetaria desde el día en que el accionante cumplió la edad para obtener la pensión- 60 años-, esto es, el 13 de diciembre de 2003.[32]

## 1.3. Contestación de la accionada

1.3.1. Empresa de Licores de Cundinamarca y la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.

1.3.1.1. El 5 de agosto de 2013,[33] en respuesta a la acción de tutela, la apoderada judicial de la Empresa de Licores de Cundinamarca señaló que no existía vulneración alguna atribuible a su representada, toda vez que durante los dos periodos laborados por el accionante, la empresa siempre cubrió los riesgos relacionados con su pensión. En un primer momento, entre el 19 de mayo de 1992 y el 28 de febrero de 1996, la entidad actuó como caja de previsión social y desde el 1 de marzo del mismo año hasta el final de su vinculación, trasladó dicho riesgo al ISS.[34]

Asimismo, aseguró que el bono pensional a que tiene derecho el señor Ponce de León por los aportes hechos a la respectiva caja de previsión debe ser solicitado por Colpensiones tal como lo ordena el Decreto Ley 656 de 1994, actuación indispensable para que el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca proceda de conformidad.

1.3.1.2. Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, mediante oficio del 12 de agosto de 2013, en atención a la vinculación de las entidades encargadas del tema pensional en el departamento, refirió que la Empresa de Licores de Cundinamarca a través de su Fondo de Pensiones Públicas, no ha eludido en ningún momento el pago de las acreencias pensionales del accionante, puesto que es Colpensiones o el ISS en liquidación quienes deben solicitar la emisión del bono pensional por el periodo comprendido entre el 19 de mayo de 1992 y el 28 de febrero de 1996.[35]

1.3.2. Tanto el ISS en Liquidación como Colpensiones guardaron silencio.

1.4. Decisiones objeto de Revisión

1.4.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 14 de agosto de 2013, habiendo vinculado al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca y al ISS en liquidación,[36] el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá- Cundinamarca- declaró improcedente la acción por ausencia del requisito de inmediatez. Advirtió que la última actuación administrativa que negó el derecho pensional del actor se produjo el 15 de marzo de 2011, mientras que la tutela fue

presentada el 22 de octubre de 2012. Esto último, a su juicio, reveló el desinterés del actor, dado que esperar más de 18 meses sin justificación alguna, constituye un plazo completamente desproporcionado.[37]

#### 1.4.2. Impugnación

En la oportunidad procesal,[38] el accionante presentó impugnación contra la decisión de primera instancia, argumentando que el juez no había considerado su condición como sujeto de especial protección constitucional dada su avanzada edad ni todo el tiempo que ha perseguido infructuosamente, mediante múltiples trámites administrativos y judiciales, la obtención de la pensión de vejez pese a cumplir con todos los requisitos.[39]

#### 1.4.3. Sentencia de segunda instancia

El 27 de septiembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia, como quiera que luego de un análisis sobre la existencia del derecho pensional del accionante, tanto autoridades administrativas como judiciales habían concluido que éste no se configuraba. Por este motivo, señaló que la alternativa que tenía el señor Ponce de León Ávila era la reclamación de su indemnización sustitutiva frente a Colpensiones.[40]

### 2. Actuaciones surtidas en sede de Revisión

2.1. En primer lugar, dado que en el trámite de esta acción no se había vinculado ni al ISS en liquidación ni a Cemex S.A., pese a que su intervención procesal resultaba relevante para determinar la existencia del derecho pensional en cabeza del peticionario, en tanto el primero estaba involucrado con el procedimiento de cobro coactivo y la empresa con el reporte de cotizaciones al mismo Instituto, por Secretaría General de esta Corporación se procedió para el efecto.[41]

2.1.2. Asimismo, se ofició a Colpensiones y el ISS en Liquidación para que brindaran información acerca del momento en que Industrias e Inversiones Samper S.A. fue llamado a afiliarse a sus trabajadores al seguro social obligatorio contra los riesgos de vejez, invalidez y muerte, e igualmente se les solicitó información sobre el estado actual del trámite de cobro coactivo contra Cemex S.A. y la Empresa de Licores de Cundinamarca.[42]

2.1.3. Por otra parte, se requirió a Cemex S.A. para que explicara el asunto relativo a la presunta sustitución patronal frente a las obligaciones laborales y pensionales de la extinta Industrias e Inversiones Samper S.A. y demás cuestiones relacionadas con la existencia del pasivo prestacional.[43]

2.1.4. Con el propósito de conocer los detalles del proceso ordinario laboral contra Colpensiones promovido por el accionante, de la tutela contra Cemex S.A. y el contenido de la respuesta del Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca a esta acción, el despacho del Magistrado Sustanciador solicitó tales piezas procesales a las autoridades judiciales respectivas.[44]

2.1.5. Finalmente, con el objetivo de esclarecer la situación económica del accionante, el 20 de junio de 2014, el despacho del Magistrado Sustanciador solicitó al peticionario información sobre otras fuentes de ingreso, gastos mensuales y sobre propiedades o bienes a su nombre. Asimismo, se le consultó sobre su estado de salud y sobre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo.[45]

2.2.1 Vencido el término probatorio, la Secretaría General de esta Corporación acusó recibo, en calidad de préstamo, del proceso ordinario laboral contra Colpensiones y de copias simples de la acción de tutela presentada contra Cemex S.A. el 19 de octubre de 2012. Asimismo, frente a la solicitud elevada al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, se remitió una respuesta que ratifica lo dicho por la Empresa de Licores de Cundinamarca y la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del mismo departamento, en el sentido de aclarar que Colpensiones, como fondo de pensiones del accionante, es quien debe adelantar el trámite para la consecución del bono pensional del señor Ponce de León.

2.2.2. Tanto el ISS en Liquidación como Colpensiones guardaron silencio. Sin embargo, frente su vinculación en esta sede, Cemex S.A. contestó oportunamente. Señaló que entre Industrias e Inversiones Samper y Cemex S.A. no había existido sustitución patronal, y que la misma solo se había producido con Cementos Diamante S.A. a quien se transfirió un pasivo pensional por valor de \$39.567.908.333 el 01 de enero de 2001. No obstante, indica que posteriormente Cementos Diamante S.A. fue absorbida por Cemex S.A., tal como consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

Con todo, advirtió que durante el tiempo que el peticionario laboró para Samper S.A., el ISS aún no había hecho el respectivo llamamiento, razón por la que frente a dichos periodos reclamados nunca existió obligación de afiliar de parte de la empresa. Explicó que de conformidad con la Circular 180 de 1992, en la cual se relacionan los municipios llamados a inscripción a los sistemas de invalidez, vejez y muerte según lo ordenado por el Decreto 3063 de 1989, el municipio de La Calera, lugar que albergaba la Planta Siberia donde laboró el señor Ponce de León, apenas fue llamado a cotizar el 1 de abril de 1994. Lo anterior se afirmó, con fundamento en que la Jefe del Departamento Comercial del ISS, respondiendo una solicitud de información al respecto precisó: “Cabe resaltar que si el municipio de La Calera- Cundinamarca no figura con llamamiento a inscripción en el documento en mención, se asume que dicha obligación nació con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir el 1 de abril de 1994”. [46]

2.2.3. Respecto del cuestionario enviado al accionante, el señor Ponce de León indicó que no cuenta con ingresos propios, rentas o algún capital estable que le permita satisfacer sus necesidades básicas y las de su esposa, de 63 años, ya que su cónyuge siempre ha dependido económicamente de él. Señala que tampoco desarrolla actividad laboral alguna, puesto que su delicado estado de salud y su avanzada edad se lo impiden.

Asimismo, afirmó tener 5 hijos y encontrarse “(...) [alojado junto a su consorte] en una pieza que [les] dejó [uno de sus hijos] Santiago, en un apartamento que él tomó en arriendo en Bogotá [en la Transveral 20 N° 46-36 estrato 4]”, igualmente que, es él quien les “ayuda con el sustento diario.” Añade que sus gastos mensuales y los de su esposa “(...) viviendo dignamente son aproximadamente: alimentación \$900.000, vivienda \$1'000.000, transporte \$600.000, salud \$300.000, vestuario y varios \$75.000.”

Por último, el accionante aclara que ni él ni su cónyuge son cotizantes y que si se encuentran afiliados al sistema General de Seguridad Social con EPS Sanitas es por su otro hijo, “Juan”, que los incluyó como beneficiarios, puesto que no contar con un seguro de salud les implicaría muchos riesgos debido a sus múltiples padecimientos. Particularmente, según se observa en su historia clínica, el actor padece “Enfermedad Coronaria Severa de 3 vaso [y] Función VI severamente deteriorada”, en ese sentido, advierte el cardiólogo tratante, “Por el tipo de lesiones encontradas, el paciente es candidato a presentar muerte súbita.” [47]

## 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

## 2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. En el asunto sometido a Revisión, el señor Ponce de León, de 70 años, con la asistencia de la Defensoría del Pueblo, instauró 3 acciones diferentes de tutela contra Colpensiones, la Empresa de Licores de Cundinamarca y Cemex S.A., al considerar que el tiempo laborado y no cotizado por las últimas entidades al sistema pensional vulneraba abiertamente sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, en tanto el ISS (hoy Colpensiones), en razón de lo anterior, durante más de 10 años se ha negado a reconocerle la pensión de vejez por insuficiencia de semanas aportadas al Sistema General de Seguridad Social.

2.2. Con todo, debe aclararse que si bien fueron tutelas distintas, las dirigidas contra la Empresa de Licores de Cundinamarca y contra Colpensiones fueron acumuladas en el trámite de instancia el 13 de diciembre de 2012, razón por la que llegaron agrupadas a esta sede y ahora constituyen el objeto de revisión de la Corte. Sin embargo, la tutela dirigida contra Cemex S.A. no corrió con la misma suerte en el trámite de las instancias y, en esta sede, tampoco fue seleccionada para revisión. No obstante, con el fin de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de Cemex S.A, esta Sala la vinculó al presente trámite, así como al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca y al ISS en liquidación.

2.3. Frente a los elementos fácticos de la acción, se observa que si bien el accionante trabajó en el municipio de La Calera para Industrias e Inversiones Samper S.A. (hoy presuntamente Cemex S.A.) desde el 3 de julio de 1967, año en el que ya se había hecho el llamamiento a los empleadores para la capital del país, no se efectuaron aportes a su nombre desde tal fecha. En efecto, la empresa argumenta que solo realizó las cotizaciones a pensión del señor Ponce de León cuando éste prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá, esto es, del 1° de mayo de 1971 al 15 de marzo de 1974, puesto que las compañías que funcionaban en La Calera fueron llamadas a cotizar solo a partir del 1° de abril de 1994.

En otras palabras, los periodos laborados por el peticionario a Samper S.A. y comprendidos entre el 3 de julio de 1967 al 30 de abril de 1971 y del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975, no fueron cotizados por la empresa, puesto que el municipio de La Calera no estaba llamado aún a asegurar a sus trabajadores a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

2.4. Por otra parte, habiendo laborado para la Empresa de Licores de Cundinamarca en la década del 90, el peticionario estuvo vinculado a la caja de previsión social de dicha entidad del 19 de mayo de 1992 al 28 de febrero de 1996, antes de que la misma empresa trasladara los riesgos por vejez, invalidez y muerte al Instituto de Seguros Sociales. Sin embargo, hasta el momento no ha sido expedido el respectivo bono pensional, debido a que, según el demandante, el ISS en liquidación y Colpensiones no han adelantado el trámite que les corresponde de acuerdo al Decreto 656 de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, en 2005, el ISS le negó la pensión al accionante, como quiera que no contaba con las semanas suficientes de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

2.5. En 2011, paralelo a dicho trámite, el ISS negó nuevamente el reconocimiento pensional, pero ésta vez argumentando que el señor Ponce de León no cumplía con las semanas exigidas por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, normatividad a partir de la cual debía analizarse ahora su caso, puesto que ya no le era aplicable el beneficio de la transición. En efecto, le fue explicado que con el Acto Legislativo 01 de 2005 que entró en vigencia el 22 de julio del mismo año, para conservar el régimen de transición debía contar con 750 semanas cotizadas al sistema para tal fecha, requisito que él no cumplía.

Por esa misma época, mediante providencia del 14 de junio de 2011, con motivo de una demanda laboral presentada por el señor Ponce de León contra el ISS para obtener el reconocimiento de su pensión, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió no casar la sentencia de segunda instancia y en consecuencia, desestimar las pretensiones del demandante en la medida en que no cumplía con las semanas exigidas por los regímenes pensionales aplicables a su caso. Con todo, en esta oportunidad no se demandó a los empleadores para lograr el traslado de los aportes por el tiempo laborado y no cotizado al sistema, sino exclusivamente al Instituto sobre la base de la historia laboral

existente.

Por otra parte, debido a que el proceso de cobro coactivo iniciado por el ISS tenía término de vencimiento para decisión el 15 de agosto de 2012, pero llegada la fecha el Instituto no brindó ninguna respuesta o solución al señor Ponce de León, la Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, por petición del accionante, envió nuevos requerimientos. Igualmente, hasta un mes antes de instaurar la acción de tutela que ahora se estudia, el actor estuvo radicando diversas peticiones al ISS en liquidación y a Colpensiones para obtener resultados satisfactorios respecto del traslado de los aportes correspondientes al tiempo laborado y no cotizado por Industrias e Inversiones Samper S.A. (presuntamente Cemex S.A.) e igualmente, gestionando el asunto del bono pensional respecto de la Empresa de Licores de Cundinamarca S.A. Sin embargo, para el 19 de octubre de 2012, fecha de presentación de las tutelas referenciadas, el solicitante no había recibido respuesta alguna sobre dichos trámites.

2.6. Finalmente, en sede de revisión, la Sala pudo constatar que el accionante y su esposa, quien depende de él, no trabajan debido a su edad y a su estado de salud, pues él, particularmente, por el tipo de lesiones coronarias es un paciente candidato a presentar muerte súbita. Asimismo, tampoco poseen ingresos, bienes o rentas propias, por lo que, actualmente, son sus hijos quienes velan por ellos, y atienden sus necesidades más básicas como vivienda y salud.

2.7. En consideración a los antecedentes reseñados, si bien existe una sentencia judicial que niega la pensión al accionante dado que las semanas reportadas en su historia laboral son insuficientes para obtener la prestación mediante Acuerdo 049 de 1990, la Sala advierte que en esta oportunidad la tutela no está dirigida contra una sentencia judicial. En efecto, la discusión que propone el peticionario en esta sede es otra, puesto que, consciente de que las semanas reportadas en su historia son insuficientes, pretende que sus antiguos empleadores hagan los aportes correspondientes al ISS para ajustar el tiempo faltante y en ese orden obtener la pensión de vejez. Por lo anterior, el análisis de esta providencia no está encaminado a cuestionar las decisiones adoptadas en el proceso ordinario laboral adelantado por el accionante, ni mucho menos a desconocer la cosa juzgada.

2.8. Efectuada la anterior aclaración, corresponde a la Sala resolver diversos problemas

jurídicos en relación con la procedencia y el fondo de la acción que ahora se estudia.

2.8.1. En primer lugar, frente a la procedencia de la acción, se debe determinar: (i) si existe una eventual configuración de la cosa juzgada constitucional respecto de Cemex S.A. en tanto la tutela que se presentó contra tal empresa no fue acumulada en sede de instancia ni seleccionada para revisión; (ii) si la presentación de la demanda de tutela satisface el requisito de inmediatez de acuerdo con el último proceder del ISS al cual se le atribuye una presunta vulneración; y finalmente, (iii) si la acción cumple con el presupuesto de subsidiariedad respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia pensional.

2.8.2. Ahora, frente al análisis de fondo, esta Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La ausencia de afiliación del accionante al ISS por dos periodos laborados a Industrias e Inversiones Samper S.A., con fundamento en que en el municipio de La Calera no existía cubrimiento del Instituto y por lo tanto tampoco obligación patronal de afiliación, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad y al mínimo vital?; y (ii), considerando que el peticionario ha realizado aportes a cajas de previsión, así como al ISS durante su vida laboral, ¿cuál régimen de pensiones, que permita la acumulación de tiempos, le es aplicable a la luz de principio de favorabilidad?

A su vez, con el fin de lograr un aproximación a los problemas jurídicos propuestos, la Sala considera necesario responder a los siguientes interrogantes particulares: (i) ¿Es Cemex S.A. la compañía que actualmente debe responder por la obligaciones pensionales de la extinta Industrias e Inversiones Samper S.A.?; (ii) Si ello es así, ¿Es obligación de Cemex S.A., como antiguo empleador, reconocer tiempos de aportes a pensión de un trabajador que prestaba sus servicios en un lugar en el que aún no había cobertura del ISS (La Calera), y al momento inicial de la sustitución del riesgo por el Instituto no había completado 10 años de vinculación con dicho patrono, de acuerdo con lo exigido por el Decreto 3041 de 1966?; y (iii) Si el señor Ponce de León es beneficiario del régimen de transición, en virtud de la jurisprudencia de esta Corporación sobre acumulación de tiempos, ¿es posible que pueda pensionarse de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a pesar de haber hecho cotizaciones a cajas de previsión social de carácter público?.

En ese sentido, la Corte abordará brevemente los siguientes temas: (i) la sustitución

patronal y sus consecuentes obligaciones; (ii) la posible existencia del deber del empleador de reconocer tiempos de aportes al Sistema mientras su trabajador no estaba afiliado al ISS y al momento inicial de la sustitución del riesgo no había completado 10 años de servicios; y (iii) los principios constitucionales de favorabilidad e in dubio pro operario, y su aplicación en la resolución de casos que implican acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez bajo un régimen especial amparado por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

### 3. Asuntos previos. Procedencia de la acción de tutela

3.1. No existe impedimento para que la Corte se pronuncie respecto de una eventual obligación prestacional de Cemex S.A., a pesar de la existencia de otra acción de tutela y la presunta configuración de cosa juzgada.

3.1.1. Con el fin de respetar las decisiones de cada proceso y el principio de seguridad jurídica, la cosa juzgada ha sido edificada como una institución procesal que pretende evitar la emisión de un nuevo pronunciamiento judicial sobre un asunto ya decidido. La calificación de tal efecto impeditivo, en términos generales, se origina por la identidad de partes, causa petendi y objeto.

3.1.2. Con respecto a tales identidades procesales en materia de tutela, desarrolladas principalmente en la sentencia de unificación SU- 713 de 2006, esta Corporación sostuvo:

“Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. // [y] (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental(...)”.

3.1.3. De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, la Sala observa que, en principio, la Corte estaría impedida para pronunciarse respecto de la causa seguida contra Cemex S.A., en tanto, la acción de tutela que presentó el señor Ponce de León contra tal empresa el 19 de octubre de 2012 no solo coincide con los hechos que ahora son objeto de análisis, sino con la pretensión y los sujetos procesales involucrados, en tanto se trata de establecer si, tal como es alegado por el demandante, la compañía vinculada en sede de revisión estaba obligada a afiliar al actor al seguro social desde el año 1967 y en ese sentido, resolver si al mismo le asiste el derecho de reclamar aquellas cotizaciones que debieron efectuarse mientras laboró para la empresa.

3.1.4. Sin embargo, también advierte la Sala que la cosa juzgada es una institución que se configura siempre que con anterioridad hubiese un pronunciamiento de fondo respecto de la causa actual, pues de no ser así, si la primera decisión no resuelve el asunto de forma sustancial, no puede hablarse, en estricto sentido, de que el litigio se haya decidido ni tampoco que haya operado el fenómeno de la cosa juzgada. En otras palabras, a aquellas decisiones que rechazan, inadmiten o declaran improcedente una demanda de tutela no puede otorgárseles, perse, la propiedad de resolver el conflicto de fondo, como quiera que apenas tratan aspectos procedimentales que no desarrollan el conflicto sobre derechos fundamentales que propone cada acción.

3.1.5. En efecto, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, quien conoció de la tutela contra Cemex S.A., declaró su improcedencia como quiera que no se acreditaba el requisito de inmediatez. A su turno, en segunda instancia, la Sala respectiva del Consejo Superior confirmó dicha decisión, argumentando además que la improcedencia de la acción se fundamentaba en la ausencia del presupuesto de subsidiariedad.

Tal como se observa, en ninguna de las anteriores decisiones se entró a analizar la presunta vulneración de derechos fundamentales en cabeza de Cemex S.A. En efecto, no se estudió si la compañía tenía alguna obligación de afiliar al actor al seguro obligatorio desde 1967 y si debía realizar los consecuentes aportes pensionales al ISS, que era en realidad la litis iusfundamental que se proponía. Esta claridad, muestra que aunque el asunto a revisar es el mismo que fue planteado en otra acción por el peticionario, ello no significa que la Sala vaya a volver sobre un conflicto ya resuelto, puesto que, como se explicó, la controversia expuesta por el demandante sobre la presunta vulneración a sus

derechos fundamentales no se resolvió de fondo ni en primera ni en segunda instancia por los respectivos jueces de tutela.

3.1.6. Explicado en esos términos, es claro para la Sala que además de la coincidencia en las identidades procesales entre ambas acciones, la cosa juzgada requiere que el asunto haya sido decidido de fondo y no, como en el caso concreto, simplemente despachado a partir de elementos relacionados con la procedencia de la acción. En tal sentido, se entiende que no existe cosa juzgada respecto de la causa que será analizada en esta oportunidad contra Cemex S.A., entidad vinculada oportunamente por la Sala a este trámite.

Adicionalmente, la Sala encuentra que existe otra razón, en el caso concreto, por la que es posible emitir una decisión de fondo. En efecto, a la anterior conclusión se suma que si bien las tutelas que ahora son objeto de revisión están dirigidas contra Colpensiones y la ELC, el objeto de la controversia de éstas y de la dirigida contra Cemex S.A. es idéntico, situación que no puede desconocerse por parte de la Sala, en el sentido de declarar la existencia de cosa juzgada frente a un asunto que, a pesar de haber tomado caminos procesales diferentes, conserva su litis material, pues la problemática que debe examinarse en esta sede con relación a las dos tutelas mencionadas es la misma que se propuso en la tutela contra Cemex S.A. y la involucra de lleno como la compañía presuntamente responsable por los periodos laborados y no cotizados frente al riesgo de vejez del peticionario.

3.1.7. Finalmente, antes de pasar al análisis del presupuesto de inmediatez, esta Corporación debe referirse a un asunto relacionado con la problemática de este acápite.

Si bien la actuación del demandante al presentar las 3 acciones de tutela no puede catalogarse como temeraria, la Sala tampoco puede desconocer las eventuales dificultades que pudieron haberse generado con dicha situación, como por ejemplo la operancia del fenómeno de la cosa juzgada y en consecuencia, que se ocasionara la exclusión del análisis sobre una eventual responsabilidad de Cemex S.A. en este caso. Atendiendo a tal nivel de riesgo, la Corte advierte que las dinámicas de presentación múltiple de acciones de tutela que guardan el mismo propósito, además de obstaculizar el eficiente funcionamiento de la administración de justicia, someten a graves amenazas los derechos fundamentales de los ciudadanos por lo ya ejemplificado. Adicionalmente, resulta inquietante que dichas

dinámicas sean acompañadas por organismos como la Defensoría del Pueblo, puesto que las tres tutelas presentadas en esta oportunidad lo fueron con la asistencia de dicha entidad, que aunque obrando en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales,[48] no podía desconocer los eventuales efectos de una conducta procesal de tal naturaleza.

3.2. La presentación de la demanda de tutela satisface el requisito de inmediatez de acuerdo con el último proceder del ISS al cual se le atribuye una presunta vulneración.

3.2.1. Sobre este asunto preliminar, la Sala debe responder si el accionante desconoció el requisito de inmediatez en la interposición de la acción, habiendo transcurrido un plazo notable entre los sucesos que se señalan como presunto origen de la vulneración, que en principio serían los relacionados con los tiempos trabajados y no cotizados de hace más de 10 o hasta 30 años, y la radicación de la tutela; sin dejar de considerar que hasta septiembre de 2012, un mes antes de presentar la acción que ahora se revisa, habiendo acudido a vías administrativas y judiciales, el peticionario continuaba insistiendo en el trámite de cobro por el ISS a Cemex S.A. y a la Empresa de Licores de Cundinamarca para obtener los aportes correspondientes al tiempo laborado, así como exigiendo de la Procuraduría mayor eficiencia en su acción preventiva.

3.2.2. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, con el denominado requisito de inmediatez se hace referencia a la carga que tienen los accionantes de interponer la tutela dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia.[49]

Según la jurisprudencia constitucional, a partir de una interpretación del artículo 86 Superior[50], la acción de tutela puede ser presentada “en todo momento”, y está libre de mandatos que involucren un término de caducidad. De allí que la ausencia de este plazo implique que el juez no pueda simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo.

Sin embargo, la ausencia de un término de caducidad no significa que la acción no deba interponerse en un plazo razonable desde la amenaza o vulneración,[51] pues de acuerdo con la misma disposición constitucional, es un mecanismo para reclamar “la protección

inmediata” de garantías fundamentales.

Precisamente, la finalidad de la tutela como vía judicial de protección expedita de derechos fundamentales, demanda del juez constitucional la verificación del tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo, pues un lapso irrazonable puede llegar a revelar que la protección que se reclama no se requiere con prontitud, y por tal virtud, alterar el carácter preferente y sumario por el que está revestida la acción.

3.2.3. De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, la petición del señor Ponce de León está referida al reconocimiento de tiempos laborados y no cotizados por Cemex S.A., así como con el trámite del bono pensional a cargo de la Empresa de Licores de Cundinamarca. No obstante lo anterior, lo cierto es que, para el logro de dichas pretensiones, el accionante se encontraba buscando, a través de la actuación del ISS en Liquidación y de Colpensiones, adelantar el cobro y traspaso de las cotizaciones que, a su juicio, debían incorporarse en forma de semanas a su historia laboral.

En efecto, la Sala advierte que dicha reclamación frente al ISS (hoy Colpensiones), está inevitablemente ligada con las pretensiones respecto de Cemex S.A. y la Empresa de Licores de Cundinamarca, puesto que en principio,[52] dicho Instituto es el competente para efectuar los cobros pensionales por traslados de capital o por omisión de afiliación del trabajador a los seguros sociales, circunstancias que, al menos a juicio del accionante, eran las que se presentan con la ELC de un lado, quien le aseguraba al actor que debía solicitarle al ISS para que, en su nombre, éste reclamara el bono pensional a la empresa, y con Cemex S.A. del otro, sociedad que, a su juicio, si se encontraba en obligación de afiliarlo al Instituto desde el origen de la relación laboral.

Así las cosas, la presunta negligencia del ISS o de Colpensiones, según corresponda, que ha persistido en el tiempo, frente a una respuesta pensional definitiva con fundamento en los resultados del cobro por dicha entidad, es también la omisión persistente de Cemex S.A. y la Empresa de Licores de Cundinamarca, pues el reconocimiento de una pensión de vejez en el caso del actor, es un interés que si bien está mediado por múltiples contribuciones, éstas solo podrán tramitarse administrativamente a través del fondo de pensiones citado, quien será en últimas, si se determina la existencia del derecho, el encargado del pago de la pensión. Por este motivo, es que el presupuesto de inmediatez se analiza

primordialmente respecto de las conductas desplegadas por tal fondo quien, a juicio del accionante, ha atentado contra sus derechos.

3.2.4. En ese orden, la Sala observa que hasta septiembre de 2012, un mes antes de la presentación de esta acción, la Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, por petición del señor Ponce de León, presentó nuevos requerimientos al ISS para que adelantara las gestiones administrativas correspondientes en el caso del accionante, requerimientos que, desde 2009, han sido persistentes no solo de parte del ente de control sino de parte del mismo extrabajador. Tampoco pierde de vista la Corte que, de conformidad con el programa administrativo de flujo de expedientes del ISS, dicha entidad tenía un término para emitir una decisión en el trámite del peticionario. Sin embargo, el mismo venció el 15 de agosto de 2012 sin que el Instituto anunciara su decisión y por el contrario continuó prolongando la omisión en este sentido. Visto así, es razonable que el peticionario se encontrara en espera de una solución, al menos hasta el mes de agosto, fecha en que, a pesar de encontrarse obligado a dar una respuesta, el ISS no resolvió nada, legitimando con esto al señor Ponce de León a hacer uso de otros medios, como nuevas quejas ante la Procuraduría o la instauración de esta acción de tutela a pocos meses.

3.2.5. Así, si la presunta vulneración se atribuye a la ausencia de una decisión del ISS en el trámite de cobro el 15 de agosto de 2012 en conjunto con la desatención del requerimiento elevado por la Procuraduría el 9 de septiembre del mismo año, y esta acción de tutela fue presentada el 19 de octubre de 2012, la Sala encuentra que entre dichos momentos existe un término proporcionado y razonable, por cuanto dichos meses de diferencia representan un periodo de diligencia promedio para acudir a la justicia constitucional, considerando que el peticionario ha de aprovisionarse probatoria y jurídicamente.

3.2.6. En todo caso, también ha de considerarse que el accionante fue lo suficientemente diligente como para no solo agotar el trámite respectivo ante el ISS (Colpensiones), sino intervenir directamente frente a Cemex S.A., solicitando la realización de una audiencia de conciliación en la inspección séptima del trabajo de Bogotá con su antiguo empleador, la cual tuvo lugar el 10 de septiembre 2012, a menos de dos meses de la presentación de esta acción de tutela. Periodo que también se revela como razonable en términos de inmediatez.

3.3. La acción cumple con el presupuesto de subsidiariedad respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia pensional.

3.3.1. Como se advirtió, la pretensión del accionante, si bien con origen en circunstancias de hace más de 10 o hasta 30 años, está mediada principalmente por los últimos episodios frente al ISS, quien presuntamente no ha logrado obtener el reconocimiento para la historia laboral del actor del tiempo laborado y no cotizado por sus antiguos empleadores.

3.3.2. Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser empleada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede predicarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.[53]

Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de tutela respecto de conflictos relativos a la seguridad social entre los distintos actores del Sistema, el legislador ha dispuesto las vías correspondientes para el trámite de los mismos que, en virtud de la cláusula de competencia general, corresponden en principio a los jueces ordinarios en sus especialidades laboral y de la seguridad social.[54] Sin embargo, en casos excepcionales, también se ha aclarado que el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas de la seguridad social, como las pensiones y afines, puede concederse mediante amparo

constitucional, si, como fue descrito, a pesar de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios, éstos resultan ineficaces o inidóneos para la protección concreta de los derechos o se configura un perjuicio irremediable para quien acciona[55].

Adicionalmente, la Corte ha señalado que la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de dichas prestaciones pensionales opera siempre que se afecte de manera clara y evidente un derecho fundamental y la vía ordinaria no tenga la potencialidad de asegurar el goce de la garantía presuntamente conculcada. Y del mismo modo, ha reseñado algunos criterios que permitirían al juez de tutela analizar las circunstancias de mayor o menor afectación en cada caso; así por ejemplo; “(i) la edad y el estado de salud del demandante; (ii) el número de personas a su cargo; (iii) su situación económica y la existencia de otros medios de subsistencia; (iv) la carga de la argumentación o de la prueba en la cual se sustenta la presunta afectación al derecho fundamental; (v) el agotamiento de los recursos administrativos disponibles; entre otros”. [56]

En efecto, para el análisis del caso concreto, el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, otorga a dicha jurisdicción el conocimiento de las controversias que se generen con motivo de la prestación de los servicios de la seguridad social entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.[57] Precisamente, el capítulo XIV ibídem, contempla el procedimiento ordinario para discutir tales asuntos.

3.3.3. En tal sentido, la controversia surgida con motivo de la presunta ausencia de aportes por el tiempo efectivamente laborado y no cotizado al sistema, es un asunto propio de competencia de los jueces laborales y de la seguridad social, por lo que, en principio, el señor Ponce de León tendría a su disposición una acción ordinaria laboral contra el ISS en Liquidación o Colpensiones y sus antiguos empleadores.

Aunque en principio la anterior conclusión parecería olvidar que el peticionario ya promovió un proceso ordinario laboral contra Colpensiones sin resultados favorables, la Sala debe aclarar que en el mismo no se pretendió lo que se discute hoy a través de esta acción. En aquél proceso se solicitó el reconocimiento pensional sin lugar a consideraciones sobre tiempo laborado y no cotizado, razón por la que ni siquiera se vinculó a los antiguos

empleadores del señor Ponce de León. Tampoco se discutió el asunto sobre la obligatoriedad de la afiliación y menos si había lugar al traslado de aportes o a la expedición de un bono pensional, cuestiones que en efecto serán el punto de análisis de esta Sala al abordar el fondo del caso. Justamente, la anterior explicación permite comprender por qué en esta oportunidad la acción de tutela no está dirigida contra la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ni pretende cuestionar la providencia que resolvió no casar la sentencia de segunda instancia que desestimó las pretensiones del accionante frente al entonces ISS.

3.3.3.1. En ese orden, concluiría la Sala que el señor Ponce de León tiene un mecanismo ordinario judicial para reclamar lo que hoy se pretende revisar en sede de tutela. Sin embargo, de conformidad con las circunstancias del caso no puede afirmarse que la acción laboral se trate de un medio idóneo y eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable de los derechos fundamentales invocados. En efecto, la difícil situación económica por la que atraviesa el peticionario en conjunto con su avanzada edad- 70 años- y su delicado estado de salud coronario que, por demás no le permiten trabajar, tipifican la condición del accionante como una de aquellas que impiden que acuda en condiciones de normal espera a la jurisdicción ordinaria.

Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado, tendría la aptitud para proteger los derechos alegados y podría asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que la acción ordinaria laboral no sería lo suficientemente expedita frente a la situación particular del accionante. Considerando su compleja condición económica, en tanto no trabaja ni reporta ingresos, bienes o rentas propias y son sus hijos quienes velan por él y su esposa, también de avanzada edad; y su estado de salud, como paciente candidato a presentar muerte súbita por lo avanzado de su enfermedad coronaria, la Sala considera que el accionante requiere una respuesta inmediata del aparato judicial. Máxime cuando se observa que el peticionario durante casi una década que lleva solicitando la pensión, se ha comportado diligentemente y ha procurado agotar la mayor cantidad de recursos administrativos y judiciales a su alcance, sin dejar de mencionar todo el tiempo que ha estado a la espera de resultados frente al trámite seguido por el ISS contra Cemex S.A. y la Empresa de Licores de

Cundinamarca, sin que aún obtenga respuesta.

3.3.4. Aprobado el juicio de subsidiariedad, y los demás aspectos relacionados con la procedencia de la acción, este Tribunal procede a desarrollar las consideraciones generales para el estudio de fondo.

4. La figura de la sustitución patronal como garantía constitucional ante los cambios de empleador que se susciten por cualquier causa, siempre que la identidad del establecimiento se mantenga.

4.2. Posteriormente fue el artículo 11 del Decreto-Ley 2350 de 1944, el que expresamente sí manifestó que “[l]a sola sustitución del patrono no [extinguiría] el contrato de trabajo”. [59]

4.3. Con motivo de la expedición del Estatuto Orgánico del Trabajo, la anterior disposición fue reproducida por el artículo 8 de la ley 6ª de 1945, justamente como forma de proteger los derechos derivados del contrato de trabajo frente a una eventual sustitución patronal. A continuación, vinieron el Decreto 2127 de 1945 [60] y la Ley 64 de 1946, [61] que reiteraron que la sola sustitución no modificaba el contrato de trabajo y establecieron la solidaridad entre el empleador sustituto y el sustituido.

4.4. Actualmente, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 67, define la sustitución de patronos como “(...) todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones en el giro de sus actividades o negocios”.

4.5. Ahora, las hipótesis fácticas al interior de la sustitución patronal son diversas, puesto que si bien en unas se pretende mantener la unidad de los contratos laborales dada la continuidad del trabajador, en otras, el término de la relación laboral puede producirse antes de la sustitución, pero es posible que subsistan obligaciones prestacionales que al momento del reclamo futuro comprometan al nuevo patrono. Así por ejemplo, los casos de aquellas personas que se desvinculan por adquirir el status de pensionado con anterioridad a la sustitución y que posterior a ella reclaman al nuevo patrono las mesadas pensionales que estaba asumiendo el antiguo. Igualmente, pueden presentarse eventos en los que un trabajador pese a haberse retirado de la empresa con anterioridad al cambio de patrono y

sin ninguna prestación vigente, en el futuro deba reclamar derechos de origen previo al cambio patronal.

4.6. Dado el abanico de posibilidades frente a la situación del trabajador e inclusive su reconocimiento por el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, observa la Sala que en la figura de la sustitución pensional concurren, al menos, dos elementos esenciales: (i) el cambio de patrono por cualquier causa y (ii) la identidad en las actividades o negocios entre el sustituido y el sustituto.

4.7. En todo caso, esta figura de origen legal compromete un importante fin constitucional, como quiera que se trata de proteger y, en algunos casos, dar continuidad a los derechos de los trabajadores que, de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Política, resultan inalienables e indisponibles frente a cualquier arreglo patronal o comercial que pretenda afectar garantías consolidadas, aspecto frente al cual, el mismo artículo Superior se ha mostrado categórico: “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

5. Tránsito prestacional entre las pensiones patronales y la asunción de riesgos de vejez por el Instituto de Seguros Sociales. Carencia de remedio legal para el contingente de trabajadores que al momento de afiliación al Instituto de Seguros Sociales no llevaban con un mismo empleador 10 años de servicios y cuyas hipótesis no están contempladas por los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966. Aplicación del principio de equidad en estos casos.[62]

5.1. En el marco de la reforma constitucional de 1936, la cual trajo consigo, el restablecimiento de diversos derechos civiles,[63] así como la invención de los denominados “derechos económicos y sociales de naturaleza colectiva” en beneficio, especialmente, de los trabajadores,[64] se expidió la Ley 6ª de 1945,[65] por medio de la cual se estableció en Colombia el primer Estatuto Orgánico del Trabajo.

Además de regular algunos aspectos sobre las convenciones de trabajo, las asociaciones profesionales y los conflictos colectivos, e instituir la jurisdicción especial del trabajo, esta normatividad tuvo como otro de sus propósitos, reglamentar las relaciones surgidas entre empleadores y trabajadores alrededor de distintas prestaciones que estaban a cargo exclusivo de los primeros. Entre ellas, aparecen las indemnizaciones por accidente de

trabajo y enfermedad profesional, así como los auxilios por padecimientos no profesionales, sanciones por despido injustificado y otros, como los gastos necesarios para el entierro del trabajador.

5.1.1. Asimismo, uno de los auxilios más significativos creados por dicha ley fue la pensión vitalicia de jubilación. Ésta, de conformidad con el artículo 14, estaba establecida para aquellos trabajadores que hubieran llegado a 50 o más años de edad después de 20 años de servicios continuos o discontinuos y su pago, así como el de las demás prestaciones, era de cargo exclusivo del patrono,[66] “(...) mientras se organiza[ba] el seguro social obligatorio”[67].

5.2. Esta última expresión, no se refería a otra cosa sino a la idea inconfundible del legislador de crear un sistema general de aseguramiento que progresivamente liberara al patrono de la carga prestacional, sin dejar, durante la transición, desprotegido al trabajador.

En efecto, la idea de unos “seguros sociales” se estructuró en el país como respuesta a “(...) una evidente necesidad del Estado, que se empieza a consolidar en el año 1928, momento a partir del cual se presentan diversas iniciativas que aspiran a organizarlo, ya como una Caja de Seguros del Trabajo, ya como una entidad dependiente del Estado, supervigilada por la Contraloría General de la República, o bien como un Banco de servicios, primando finalmente el propósito de organizarlo como una entidad autónoma con personería jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa.”[68]

En todo caso, la directriz oficial para el funcionamiento del sistema partiría de que el régimen de prestaciones creado por la Ley 6° de 1945 sería de cargo directo de los patronos, y solamente a medida en que fuera siendo absorbido por el seguro social; y de que la entidad designada fuera paulatinamente haciéndose cargo de aquellas prestaciones, las iría regularizando, esto es, verificando su suministro a la población beneficiada, lo que significó, al menos normativamente, “(...) una transformación fundamental que [hizo] de este tipo de política social, en su conjunto, un verdadero instrumento de reivindicación [por los trabajadores] y de estabilidad económica”.[69]

5.2.1. Justamente, bajo la idea de una universalización progresiva dichas obligaciones no fueron impuestas en forma homogénea a todos los empleadores. La misma Ley 6ª de 1945,

estableció que el criterio diferenciador debía estar ligado a la capacidad patrimonial del empleador, motivo por el que condicionó el reconocimiento de dichos auxilios a un monto mínimo de capital empresarial. Así por ejemplo, no se aplicarían las coberturas para ciertas prestaciones[70] a empresas cuyo capital no excediera “(...) de ciento veinticinco mil pesos (\$125.000).” Bajo esa misma lógica, las empresas obligadas al pago de la pensión vitalicia de jubilación, eran solo aquellas cuyo capital excediera “(...) de un millón de pesos (\$1.000.000)”[71], e igualmente, aquellas empresas cuyo capital fuese “inferior a diez mil pesos (\$10.000), solamente estar[ían] obligadas a un auxilio por enfermedad (...) y a un auxilio de cesantías (...)”.

5.2.1.2. Así pues, el régimen fundado con la Ley 6ª de 1945, tenía dos aspectos distintivos, uno genérico y otro específico frente al tema del riesgo de vejez. En primer lugar, el reconocimiento de prestaciones por seguridad social estaba fuertemente ligado a la existencia de un capital empresarial mínimo que pudiera respaldar tales garantías. Y el segundo elemento, derivado del anterior, era que el otorgamiento de la pensión vitalicia de jubilación solo era posible en la medida que se hubiese laborado para una misma compañía con determinado patrimonio, condicionamiento que, a la larga, empezaría a generar problemas de movilidad laboral para la clase trabajadora.[72]

5.3. Justamente, con el propósito de regularizar tales situaciones, un año después, fue expedida la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el seguro social obligatorio para todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje,[73] y creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS).

Salvo algunas excepciones, todo trabajador debía estar afiliado a dicho seguro social obligatorio[74], con el objetivo -entre otras- de desligar la dependencia capital empresarial/garantía a la seguridad social. Por ejemplo, frente a la contingencia de vejez, esta nueva ley buscó superar la pensión patronal, que dependía del capital de las empresas, por una prestación sometida a los requisitos de edad y cotizaciones. En ese sentido, el artículo 47 de la misma dispuso que: “El asegurado tendr[ía] derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reún[iera] los requisitos de edad y cotizaciones previstas que el Instituto determin[aría]”.

Asimismo, la Ley 90 de 1946 procuró brindar un remedio frente al problema de la movilidad laboral, señalando que en los casos en que una persona afiliada al seguro, que por algún motivo perdiera tal calidad y reingresara, tendría "(...) derecho a que se le recono[cieran] las cotizaciones anteriores, siempre que la interrupción no hubiere durado más de tres (3) años; y si hubiere durado mayor tiempo, sólo se le recono[cerían] sus derechos cuando [tuviera] cubiertas veintiséis (26) semanas de cotizaciones posteriores al reingreso"[75].

5.3.1. Sin embargo, la creación de un sistema de aseguramiento de esta naturaleza, necesariamente implicaba un tránsito prestacional en el traslado del riesgo, motivo por el que el legislador debió fijar algunas reglas sobre cómo operaría el mismo.

5.3.1.1. En primer lugar, como se venía anunciado desde la Ley 6ª de 1945 tal sistema de subrogación de riesgos de origen legal,[76] no entraría a funcionar de forma inmediata, sino de manera gradual y progresiva en la medida en que (i) su implementación material se fuera posibilitando a nivel municipal y regional, y (ii) siempre que los patronos afiliaran a sus trabajadores y "(...) entregar[an] la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que [estableciera] el Instituto (...)".[77]

En otras palabras, el Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con la Resolución 831 de 1966 y el Acuerdo 224 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, comenzó a asumir el riesgo de vejez en algunos municipios a partir del 1º de enero de 1967,[78] en sustitución de las pensiones de jubilación a que estaban obligados los patronos. Sin embargo, los patronos no quedaron exonerados de su obligación en forma automática, sino que se irían liberando de ella de acuerdo con la regulación específica para cada caso.

Esta premisa es respaldada por los artículos 76 y 72 de la Ley 90 de 1946. En cuanto al primero, porque se contempló que "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". En lo que respecta al segundo, en la medida en que se estableció que "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 las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previsto señalado para cada caso (...)".

5.3.1.2. En efecto, tales casos fueron regulados por el Decreto 3041 de 1966, mediante sus artículos 59, 60 y 61. En realidad, estas disposiciones desarrollaron las excepciones a la sustitución automática que dejaba sin obligación alguna al patrono frente a su trabajador y frente al ISS.

5.3.1.2.1. En primer lugar, el artículo 59 excluyó la obligación de asegurarse a quienes, en el momento inicial de la afiliación al ISS estuvieran gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono y a los trabajadores que ya hubiesen cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa con capital de \$ 800.000 o superior, dejando a salvo el derecho de reclamar a ésta la pensión de jubilación al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y producirse el retiro. En realidad en estas hipótesis no hubo sustitución del riesgo.

5.3.1.2.2. Por su parte, las disposiciones 60 y 61 sí contemplaron casos de subrogación parcial o total del riesgo, según ocurriera en cada caso. En efecto, se admitió como afiliados forzosos a los trabajadores que en el momento inicial de la obligación de asegurarse llevaran más de 10 ó 15 años de servicios con una misma empresa obligada a pagar la pensión plena del Código Sustantivo del Trabajo, advirtiéndole a los patronos que debían reconocerla una vez el asalariado cumpliera los requisitos de causación y al mismo tiempo reafirmando la obligación de aquellos de continuar cotizando hasta completar la cuotas mínimas requeridas por el Instituto para otorgar la pensión de vejez. [79]A partir del momento en que dichas cuotas quedaran satisfechas- éste es el sentido de la expresión contenida en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946- el Instituto comenzaría a pagar la pensión a su cargo, pero el trabajador conservaría su derecho a seguir recibiendo el monto completo de la pensión de jubilación que había obtenido con la empresa, motivo por el que ésta debía cubrir la diferencia que llegara a existir entre las dos. “En este último evento, el pago de la pensión total que [recibiría] el trabajador ser[ía], por lo tanto, compartido, en la proporción que correspond[iera], entre el Instituto de los Seguros Sociales y la empresa”[80]

5.3.1.2.3. Asimismo, el artículo 61 destinó uno de sus apartes para hacer referencia a aquellos trabajadores que, en aquel momento de la afiliación al ISS llevaran 10 o más años de servicios con una empresa de capital no inferior a \$ 800.000 y que fueran despedidos sin justa causa. En este caso, los patronos debían pagar la pensión a que hace referencia el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 con la obligación de seguir cotizando hasta cumplir los

requisitos mínimos de la pensión de vejez, momento en el cual el ISS procedería a cubrir dicha pensión restringida. En todo caso, sin que esta “sanción prestacional” implicara la incompatibilidad con una eventual pensión derivada del cubrimiento de los riesgos propiamente de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales si se cumplían con las cotizaciones posteriores respectivas, puesto que ambas obedecían a orígenes diferentes.[81]

5.4. Tal como se observa y como lo ha advertido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos,[82] en el momento inicial en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, el legislador distribuyó a los trabajadores asalariados en tres grupos respecto del régimen que gobernaría su derecho a la pensión de jubilación o de vejez.

5.4.1. En primer lugar, estaban aquellos trabajadores que ya estaban disfrutando de su pensión de jubilación plena por haber cumplido los requisitos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo o quienes ya habían cumplido los 20 años de trabajo, continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador con capital superior a \$800.000, y solo se encontraban a la espera del cumplimiento de la edad para reclamar la prestación. Este grupo continuó con su derecho en los términos del mencionado artículo 260, a cargo del patrono, toda vez que el Instituto no asumió, respecto de éstos, el riesgo de vejez.

5.4.2. En segundo término, se encontraban los trabajadores que ya habían completado los diez años al momento de la afiliación, pero no habían llegado a los veinte del servicio con una misma empresa, motivo por el que conservaron el derecho a la pensión de jubilación tal y como estaba consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, pero el empleador, si quería liberarse del pago de dicha pensión, debía continuar con las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para que, cuando se cumplieran los requisitos del caso, el Instituto comenzara a pagar la pensión de vejez correspondiente y el empleador solo quedara obligado con la parte de la pensión de mayor valor, si la hubiera. Esta hipótesis es la que se ha denominado pensión compartida.

5.4.3. Finalmente, en el tercer grupo de trabajadores quedaron aquellos que en el momento inicial de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían completado 10 años de servicios con una misma empresa y desde luego, los que comenzaron a trabajar después de

dicho momento. Este contingente pre-pensional “(...) [quedó sometido] al régimen general y ordinario previsto en los artículos 11 y 12, en armonía con el 14 y 57 del Reglamento [Decreto 3041 de 1966]. Y sus respectivos patronos fueron totalmente subrogados por el Instituto de Seguros Sociales en la obligación de pagar la pensión de jubilación, transformada en pensión de vejez (...)”.[83] En otras palabras, el legislador no extendió a este grupo de trabajadores ninguno de los amparos transicionales de los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, motivo por el que el tiempo que laboraron con anterioridad a su afiliación al Instituto de los Seguros Sociales no se tuvo en cuenta para obtener una pensión patronal ni tampoco en forma de cotizaciones al nuevo sistema de seguros.

5.4.3.1. Esta situación ha sido catalogada por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, como un “(...) caso especialísimo no regulado en los acuerdos o reglamentos del Instituto de Seguros Sociales sobre el régimen de la pensión de vejez a cargo de esa entidad”,[84] refiriéndose a que los trabajadores que llevaban menos de 10 años al momento de afiliación al sistema no serían beneficiados con ningún régimen de transición y que, en su caso al parecer, operaba una auténtica condición resolutoria frente a los tiempos servidos con anterioridad.

5.4.3.1.1. Dicha Corporación, en términos generales, ha manifestado que en estos casos no existe omisión del empleador por no haber sido llamado con anterioridad ni obligación de trasladar dineros por el tiempo de servicio de sus trabajadores, motivo por el que en diversa jurisprudencia se ha rechazado que a los asalariados de aquella época les asista algún derecho frente al tiempo laborado antes de la afiliación y en consecuencia, que en repetidas oportunidades se hubiera negado su derecho a la pensión de vejez.[85]

5.4.3.1.2. Sin embargo, el anterior criterio no es pacífico al interior de la Sala de Casación Laboral, puesto que también se ha pronunciado en el sentido de señalar que “(...) no resulta lógico, razonado, ni justo entender que (...) [este tipo de trabajadores, cuando llevan un largo tiempo de servicios con un mismo patrono], no tenga[n] derecho a su pensión, por el hecho de no encuadrar su situación en alguna de las alternativas que le permitan que la demandada o la entidad de seguridad social asuman 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), 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 inequidad, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias frente a las que no tiene culpa alguna.”[86]

En ese sentido, si bien la Sala de Casación no ha considerado tal “(...) proceder del empleador como jurídicamente omisivo”, si ha estimado que por aplicación de cometidos superiores y “(...) por virtud de la finalidad que deben tener las normas protectoras de la seguridad social, antes y después de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, la inscripción o afiliación al sistema debe tener vocación de permanencia, pues no tiene ningún sentido que a un trabajador que prestó sus servicios a un mismo empleador por [un tiempo ininterrumpido con el que hubiera accedido a una pensión patronal si el ISS no hubiera hecho el llamamiento y], donde parte de su vida laboral permaneció por fuera de la cobertura del ISS, se le impida tener derecho a la pensión (...)”.[87]

En síntesis, respecto de esta última posición, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que le asiste el derecho a la pensión de vejez a aquellos trabajadores que (i) sin llevar más de 10 años de servicios al momento del llamamiento del Instituto para la afiliación a los riesgos de vejez, (ii) hayan prestado sus servicios a un solo patrono (iii) por un tiempo total suficiente que, de no haberse presentado su afiliación al Instituto, les hubiera permitido obtener una pensión de origen patronal, que de acuerdo con la normatividad respectiva hubiese podido ser plena o restringida.[88]

5.4.3.2. Así como en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Corte Constitucional también se han presentado disparidad de criterios frente a las posibles soluciones que demandan los casos de trabajadores que se encuentran fuera de las hipótesis que regulan los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966 y que, para pensionarse, requieren que se les tenga en cuenta el tiempo de servicios laborado con anterioridad a la afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

5.4.3.2.1. Así por ejemplo, en la sentencia T-784 de 2010[89] se estudió el caso de una persona que prestó sus servicios durante 7 años y 11 meses a una empresa dedicada a la extracción petrolera, antes del momento inicial en que el Instituto asumiera el riesgo de vejez de los trabajadores vinculados con este tipo de industrias y solicitaba que se hicieran los aportes respectivos al Sistema con miras a reunir el número de semanas de cotización y

acceder así a la pensión de vejez. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión consideró que, aunque la obligación de las empresas del sector petrolero de afiliar a sus trabajadores al Instituto de los Seguros Sociales surgió a partir de la Resolución 4250 de 1993, de acuerdo con una interpretación de la Ley 90 de 1946 (arts. 72 y 76) a la luz del artículo 13 constitucional, estas empresas tenían el deber de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar los aportes respectivos de cada trabajador al ISS, pues de lo contrario estas personas tendrían que trabajar un tiempo mayor a otras en similares condiciones, contraviniendo derechos constitucionales como la igualdad y la seguridad social. Con base en tales consideraciones, se tutelaron los derechos del accionante y se ordenó a la empresa demandada que transfiriera al Instituto de Seguros Sociales los aportes actualizados correspondientes al tiempo en que el actor laboró a su servicio.[90]

5.4.3.2.2. La Sala de Revisión Sexta se apartó de la anterior línea en la sentencia T-719 de 2011[91]. En esta oportunidad, se analizó si Bavaria S.A. había vulnerado los derechos fundamentales del señor Juan José Castro Romero, al negarle las cotizaciones al sistema de seguridad social, a pesar de haber laborado para dicha compañía de 1945 hasta 1951 y de 1953 hasta 1958, y para Cervecería Andina S. A. desde julio de 1962 hasta octubre de 1968. El fallo señala que la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina “tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores, para el caso de Bogotá, solo se generó a partir de enero 1° de 1967”.

En una oportunidad posterior, pero en el mismo sentido, la Sala Novena de Revisión mediante sentencia T-814 de 2011,[92] estudió una acción de tutela presentada por una persona que estuvo al servicio de la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990, es decir, durante 10 años y 13 días. No obstante, la Embajada solo lo afilió al Sistema de aseguramiento desde el 12 de abril de 1989, y realizó las cotizaciones hasta el 15 de mayo de ese mismo año. Básicamente, el demandante pretendía que se ordenara a su antiguo empleador transferir al ISS el valor actualizado de los aportes correspondientes al tiempo laborado para obtener la pensión de vejez. Para resolver, la Sala reiteró la sentencia C-506 de 2001,[93] en la cual se sostuvo que la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de dinero necesarios para transferir los cálculos actuariales respectivos al ISS, sólo surgió respecto de los asalariados vinculados a la empresa en la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de

1993, y que una interpretación contraria devendría en inconstitucional al atentar contra el principio de la seguridad jurídica. Con fundamento en ello, esta Sala se apartó de la razón de la decisión de la T-784 de 2010, como quiera que, siendo la C-506 de 2001 una sentencia adoptada por Sala Plena, era el precedente que debía seguirse.[94]

5.4.3.2.3. Un año después, mediante providencia T-020 de 2012[95] la Sala Sexta de Revisión, conoció el caso de una persona que había prestado sus servicios entre el 1° de julio de 1982 y el 31 de diciembre de 1989 para la misma misión diplomática del Reino de los Países Bajos ante Colombia, encontrándose en un municipio en el que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido los riesgos respectivos. En forma similar, el demandante solicitó que se ordenara a la demandada la transferencia de los aportes al sistema de seguros sociales correspondientes al lapso laborado. Siguiendo la misma línea argumentativa de la sentencia T-814 de 2011, se consideró que la Embajada no estaba obligada a cancelarle al Instituto el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el actor, puesto que (i) el contrato se había desarrollado en un municipio en el que el sistema aún no había asumido los riesgos de vejez, y (ii) la terminación de la vinculación laboral había sido anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Recientemente, en sentencia T-770 de 2013, la Sala Quinta de Revisión, estudió el caso de una persona que, habiendo trabajado para Bavaria S.A. por 1 año y 4 meses cuando su antiguo empleador no había sido llamado por el ISS a afiliarse a sus trabajadores, solicitaba el reconocimiento de dicho tiempo con fundamento en la sentencia T-784 de 2010. En esta oportunidad, la Corte señaló de conformidad con tal providencia, que la Ley 90 de 1946 había consagrado, a través de sus artículos 72 y 76, un régimen de transición, que obligaba a los empleadores particulares a realizar el aprovisionamiento necesario para que, una vez el Instituto de Seguros Sociales comenzara a realizar el llamado a afiliación, cada empresa pudiese responder con las cuotas proporcionales correspondientes al tiempo de servicio laborado y no cotizado ante el mismo.

5.4.3.3. De acuerdo con lo expuesto,[96] es posible observar que la diversidad de soluciones propuestas a los casos de aquellos trabajadores que prestaron sus servicios por un tiempo menor al que el legislador consideró en aquél entonces como el mínimo amparable por el “tránsito prestacional” (10 años), conduce a reiterar la idea de la Sala Laboral, según la cual se trató de casos que no fueron regulados en los acuerdos o

reglamentos del Instituto de Seguros Sociales y bajo esa premisa, que todo el contingente pensional que trajo consigo dicha situación irregular ahora se ve en serias dificultades para acceder a una pensión de vejez, a pesar de que en muchos casos, “ese tiempo que no se tiene en cuenta” podría equivaler a casi la mitad de su vida laboral.

5.5. En este orden de ideas, se evidencia una circunstancia específica que no fue regulada por el legislador y que, frente a una hipótesis en particular, genera una injusticia, esto es, la pérdida de un periodo laborado cuyo aseguramiento en principio estaba a cargo del patrono y que por una circunstancia ajena a la relación laboral, como fue la obligación legal de afiliación, quedó sometido a una auténtica condición resolutoria.

5.5.1. Frente a casos con dichas particularidades, el propio legislador laboral, ya desde 1950, había dispuesto para el juez un amplio inventario de herramientas interpretativas, entre ellas, el principio de equidad.[97] Sobre el particular, el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo establece que: “Cuando no haya norma expresamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarias a los derechos del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad” (resaltado fuera del texto original)

De acuerdo a lo anterior, la equidad aparece como la principal herramienta que debe guiar la aplicación del régimen supletorio de las normas del trabajo, lo que resulta a fin con lo previsto en el inciso 2º del artículo 230 constitucional, en el que se reconoce su status como criterio auxiliar de la actividad judicial,[98] más allá de que en algunos escenarios, como la función que prestan los jueces de paz[99] o en los casos de tribunales de arbitramento habilitados para resolver litigios en equidad,[100] desempeñe el papel principal.[101]

5.5.2. Para el caso que debe resolver ahora esta Sala, resulta relevante profundizar en la función que cumple la equidad en relación con administración de justicia y con las decisiones relativas al derecho del trabajo. En primer lugar, el artículo 18 del CST advierte que “[para su] interpretación (...) debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º”, siendo esta “(...) la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y

trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

Al respecto, en la Sentencia SU-837 de 2002, se indicó que la equidad tiene como propósito ajustar el derecho a las particularidades de cada asunto, racionalizando la igualdad que la ley presupone y ponderando aquellos elementos que el legislador no consideró como relevantes y que, por lo mismo, pueden llevar a la formación de injusticias. En otras palabras, la equidad tiene en cuenta los efectos concretos que se derivan para las partes del hecho de cumplir con el deber de decidir un asunto en específico.[102] Al respecto, se señaló que:

“(…) En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos “límites”, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto– permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”[103] (Subrayas del texto)

Siguiendo la misma línea argumentativa, también se reconoce que el campo de acción auténtica de la equidad ocurre en aquellos espacios dejados por el legislador, con miras a

evitar la consolidación de injusticias, ya sea porque no se regló una hipótesis específica dentro de una norma, o porque una situación en general no ha sido regulada.[104] En este sentido, en la citada sentencia de unificación, se indicó que: “(...) el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia”.

Ahora, al momento de acudir a la equidad como criterio de interpretación, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos que orientan su aplicación:

“(...) El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes –sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial– es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rígidamente deducida de la norma legal”.[105]

5.5.3. Tal como se advirtió, existe una circunstancia específica respecto de la cual el legislador no ofreció un remedio legal y que, de un lado, ubicó al trabajador en un situación

de desprotección frente a la pérdida de los tiempos laborados con anterioridad a la afiliación al ISS y que, de otro, se encargó de beneficiar al empleador en el sentido de liberarlo por completo de cualquier reconocimiento que representara dicho tiempo de labor de sus asalariados.

5.5.4. La aplicación de la equidad, en este caso, demanda que se equilibren las cargas entre trabajador y empleador, pues si bien este último no fue obligado expresamente por el legislador a reconocer dicho tiempo de servicios, circunstancia visible a través de la historia y la forma como se pretendió hacer la subrogación de los riesgos por el sistema; también es cierto que la decisión legislativa de implementar el mismo no puede soportarla únicamente el asalariado, quien trabajó con una misma empresa un tiempo que en muchos casos le significó una porción importante de su vida laboral y frente al cual mantuvo la expectativa de que se reconocería al momento de obtener una pensión, considerando que antes de operar la afiliación, era el patrono quien estaba sometido a una obligación condicional relativa a una prestación plena o restringida, según fuera el caso.

Si bien la equidad no exige un equilibrio perfecto, es precisamente la carga excesivamente onerosa que debe soportar el trabajador en estos casos lo que repugna a dicho principio, pues como consecuencia de la ausencia de un remedio jurídico a su situación, estas personas actualmente no cuentan con un auxilio mínimo en su senectud, a pesar de haber entregado su fuerza laboral, casi en todos los casos, en su edad más productiva.[106]

6.5.5. Por la misma forma como se concibió el Sistema de Seguridad Social, esto es, como un interfaz progresivo tendiente a brindar una cobertura universal, los empleadores no tenían certeza de cuando podían ser llamados por ISS, motivo por el que de una u otra forma, seguían sometidos a una serie de disposiciones legales que contemplaban obligaciones futuras de índole económico que estaban sometidas al cumplimiento de una serie de condiciones,[107] como lo eran que el trabajador prestara sus servicios por más de 20 años o que el empleador fuera llamado por el ISS para subrogar el riesgo de vejez, por lo cual era deber de los empresarios actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia” en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año 1887, y adoptar las medidas para garantizar las prestaciones a las que eventualmente su trabajador pudiera llegar a tener derecho. Así, aunque por diferentes circunstancias, ya sean fácticas o normativas, dichas condiciones no se hayan cumplido,

esto no implica per se que el juez constitucional no pueda tener en cuenta tales situaciones para realizar una aplicación del principio de equidad, máxime cuando el único afectado por el tránsito legislativo, en casos como el estudiado, es el empleado, a pesar que de la relación laboral se beneficiaron ambos extremos del vínculo contractual.[108]

5.5.6.1. Así en virtud del principio extensamente explicado, para superar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de jubilación, la Sala considera que los antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, siendo enfáticos en que no se trata de la totalidad de los aportes por el tiempo completo laborado sino el necesario restante para que la persona pueda pensionarse o todo si las semanas aún son insuficientes. Así mismo, para efectos de los aportes, el salario que debería tenerse en cuenta no ha de ser necesariamente el que devengaba el extrabajador, sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral. Igualmente, considerando que fue el Estado Colombiano, a través del legislador, quien de alguna forma omitió brindar un remedio legal para los casos del contingente pensional que se analiza, también le asiste responsabilidad, la cual debe ser asumida por el Sistema en el sentido de no recibir todos los aportes de la vida laboral de una persona, sino tan solo los necesarios para obtener la pensión. Finalmente, teniendo en cuenta que las cotizaciones al sistema también se componen de un aporte del trabajador, considera la Sala que en estos casos el mismo debe contribuir en una proporción.

5.5.7. Aunque las anteriores pautas obedecen apenas a una solución genérica fundada en el principio de equidad, y ha de ser en el análisis del caso concreto donde se tomen los correctivos específicos, lo dicho responde a los elementos característicos de la equidad, ya que (i) se estaría en presencia de un contexto empírico de connotación especial no previsto por el legislador, que (ii) ya no generaría una situación de desequilibrio entre las partes, pues no impone una carga excesivamente onerosa a una de ellas y (iii) guarda coherencia con la lógica del sistema y con la coberturas mínimas de protección previstas para los trabajadores.

5.5.8. Ahora, siguiendo la misma línea de que con la aplicación del principio de equidad no puede generarse otra situación de asimetría como la que se pretende corregir, a lo anterior debe agregarse que si la persona busca por este medio lograr una pensión para amparar su

vejez, no sería razonable que lo hiciera contando con otras pensiones o cumpliendo los requisitos para ellas, desvirtuando al mismo tiempo la búsqueda de cometidos superiores como la dignidad humana o el derecho al mínimo vital. En efecto, la Sala considera que una solución en equidad debe brindarse cuando el trabajador, en la hipótesis que se ha venido tratando, acredite que:[109]

(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esto, con fundamento en que el literal c) del artículo 33 de dicha ley, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 responde en parte el problema jurídico planteado, pues señala que para efectos del cómputo de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez se tendrá en cuenta el tiempo de servicio con empleadores que antes de la vigencia de la ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.[110]

(ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador.

(iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente[111], ni para beneficiarse de las hipótesis de compatibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966.

(iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas.

(v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación de jubilación o estaría muy cerca de ello.

5.6. Así las cosas, en virtud del principio de equidad, se impone la solución previamente expuesta, esto es, que el empleador que fue sujeto de llamamiento por el ISS es responsable por los aportes mínimos correspondientes al tiempo que el trabajador prestó sus servicios antes de la afiliación al Instituto cuando el mismo llevaba menos de 10 años,

siempre que se trate de la única alternativa pensional de la persona.

Finalmente, debe advertirse que este “deber patronal” no es, por demás, una solución frente a la cual el legislador luego de la entrada en funcionamiento del sistema no se hubiera pronunciado. En efecto, considerando todas las dificultades que la ausencia de dicho remedio legal generó para aquellos trabajadores, el derogado artículo 37 de la Ley 50 de 1990, había previsto una solución: “Parágrafo 1o. En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez.” (subrayado fuera de texto)

Aunque dicha disposición fue derogada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en la exposición de motivos de la Ley 50 de 1990, ya se advertían todas las dificultades relativas a los problemas de cobertura que aquejaban al Instituto de Seguros Sociales: “De acuerdo con las estadísticas más recientes sólo el 17% de la población nacional está protegida por algún régimen de seguridad social. // (...) dimensiones tales como el tamaño de las diferentes cajas y fondos, la cobertura geográfica y municipal, el cubrimiento por rama de actividad económica, el esfuerzo de la cotización y los beneficios otorgados por los diferentes regímenes, [hacen] del sistema de seguridad social colombiano uno de los más desequilibrados y desiguales del mundo”. [112]

En efecto, la solución dada por esta Sala aplicando el principio de equidad a los casos señalados, no solo se aviene a los principios constitucionales y laborales de las relaciones de trabajo, sino que también consulta lo que para el propio legislador, desde años atrás, ya se había convertido en una legítima preocupación.

6. Los principios constitucionales de favorabilidad e in dubio pro operario, y su aplicación en la resolución de casos que implican acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez bajo el régimen de transición.

6.1. De conformidad con el artículo 53 superior, debe garantizarse la protección de la

“situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”[113]. Esta expresión, propone dos principios hermenéuticos en materia laboral: (i) la favorabilidad en sentido estricto y el llamado (ii) in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio[114]. A su vez, de la misma disposición constitucional y del artículo 215, también superior, se desprende otro importante principio, mejor conocido como (iii) la condición más beneficiosa, el cual prohíbe el menoscabo de los derechos adquiridos y en ese sentido, pretende salvaguardar las expectativas legítimas de todo trabajador o beneficiario de la seguridad social.[115]

6.1.1. Frente al principio de favorabilidad en sentido estricto, esta Corporación ha manifestado que se emplea para “[determinar] “en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador”[116], y que su aplicación opera “(...) en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social.”[117] (Resaltado no original)

Asimismo, se ha advertido que la disposición escogida en virtud del principio de favorabilidad “(...) debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento [artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo], es decir [que], [debe] aplicarse de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.”[118].

6.1.2. Por su parte, el principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, previsto igualmente en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, impone a la autoridad administrativa o judicial elegir, en caso de duda, la interpretación normativa que más favorezca al trabajador.[119] En efecto, “(...) implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre

cuál hermenéutica escoger. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador”[120].

En ese orden de ideas, este Tribunal ha diferenciado ambos principios en los siguientes términos: “[M]ientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica.”[121]

En todo caso, en términos de su aplicación, “(...) “la “duda” que da lugar al [empleo de dichos criterios] debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva”. [122]

6.3. Visto el alcance de aplicación de dichos principios, debe ahora la Sala analizar si, al amparo de los mismos, y fuera de la disposición de la Ley 100 de 1993 que se verá más adelante, cabe la posibilidad para los trabajadores, beneficiarios del régimen de transición, de acumular tiempo de servicio a diferentes empleadores, públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguro Social, para reunir el número de semanas necesarias con el fin de obtener la pensión de vejez.

6.3.1. De acuerdo con algunos presupuestos ya explicados en el capítulo 5 de esta providencia, con anterioridad a la entrada en funcionamiento del ISS e incluso de la misma Ley 100 de 1993, existía para los trabajadores una significativa limitación en las posibilidades de acumular tiempo de servicios a diferentes empleadores, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al ISS. Ello debido principalmente, a las restricciones en la movilidad laboral que implicaba, en un principio, un régimen patronal de reconocimiento de pensiones y con posterioridad, al mantenimiento de múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social, que no solo coexistían, sino que además difícilmente tenían relaciones entre sí.[126]

6.3.2. Esta suerte de paralelismo en el manejo de la seguridad social, impedía tal

acumulación, la cual solo fue posible con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en cuyo artículo 33 prescribió: “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; (...) En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el 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”.

6.4. Si bien con anterioridad al Sistema General de Pensiones, la Ley 71 de 1988[127] ya había permitido que los trabajadores de entidades estatales acumularan el tiempo aportado a cajas de previsión con el cotizado al ISS,[128] lo cierto es que esto aún no possibilitaba acumular el tiempo trabajado con el Estado, en virtud del cual no se había hecho cotización alguna, y los aportes entregados al ISS realizados con base en el tiempo laborado con un empleador privado. Esto último, entre las posibilidades ya vistas, fue lo que posteriormente reguló el artículo 33 mencionado y lo que solo con un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado[129] se permitió bajo la Ley 71 de 1988, esto es, la acumulación del tiempo de servicios cotizado o no a cajas de previsión social o fondos territoriales con las semanas aportadas al ISS.

6.5. Ante dicha situación, anterior a la Ley 100 de 1993, este Tribunal empezó a conocer casos de personas que aunque habían cumplido con los requisitos de edad y de tiempo de un determinado régimen, generalmente el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, el Instituto de Seguros Sociales les negaba el reconocimiento de la pensión de vejez sobre la base de que, aún existiendo cotizaciones al ISS, la totalidad de las mismas no habían sido hechas a tal fondo porque, o bien parte de ellas se habían efectuado a una caja de previsión privada o pública, o porque los periodos reclamados correspondían a tiempos de servicio con alguna entidad estatal que no había cotizado a ninguna de ellas. En ese sentido, si el trabajador pretendía pensionarse por Acuerdo 049 de 1990, el ISS exigía exclusividad en las cotizaciones a su fondo pensional de conformidad con el artículo 12 del mismo.[130]

6.5.1. Sin embargo, desde sentencias como la T-090 de 2009, esta Corporación advirtió que en aplicación del principio de favorabilidad (en sentido amplio- in dubio pro operario),

procedía la acumulación del tiempo de servicios en el sector público con el número de semanas cotizadas al ISS. Para llegar a esta regla de decisión que, además se ha reiterado en providencias como la T-476 de 2013, T-583 de 2012 y T-100 del mismo año, se afirmó que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, admitía dos interpretaciones concurrentes, serias y objetivas.

6.5.1.1. De un lado, “una de las interpretaciones señala que el acuerdo 49 de 1990, nada dice acerca de la acumulación antes explicada, razón por la cual, si el peticionario desea que se le haga esta sumatoria, debe acogerse a los artículos de la ley 100 de 1993 que regulan los requisitos de la pensión de vejez, disposición que sí permite expresamente la acumulación que solicita (artículo 33, parágrafo 1). Tal conclusión es apoyada por el tenor literal del parágrafo 1 del artículo 33, que prescribe que las acumulaciones que prevé son sólo para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo 33, lo que excluiría estas sumatorias para cualquier otra norma, en este caso, para el acuerdo 49 de 1990.”[131] Sin embargo, bajo esta interpretación, quien pretenda la acumulación “perdería” los beneficios propios del régimen de transición, que incluyen los del régimen especial aplicable, y en consecuencia, su derecho pensional estaría gobernado en forma integral por los presupuestos, más gravosos, de la ley 100 de 1993.

6.5.1.2. En cuanto a la otra interpretación posible, la Corte ha anotado que “(...) se basa en el tenor literal del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que regula el régimen de transición (...). Esta disposición señala que las personas que cumplan con las condiciones descritas en la norma podrán adquirir la pensión de vejez con los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y (iii) monto de la pensión de vejez establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, y que las demás condiciones y requisitos de pensión serán los consagrados en el sistema general de pensiones, es decir, en la ley 100 de 1993. En este orden de ideas, por expresa disposición legal, el régimen de transición se circunscribe a tres ítems, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, por lo tanto, deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, que se encuentran en el parágrafo 1 del artículo 33, norma que permite expresamente la acumulación solicitada por el actor.

Esta interpretación es apoyada por una interpretación finalista e histórica pues, (...), la ley 100 de 1993 buscó crear un sistema integral de seguridad social que permitiera acumular

semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, públicos o privados, para que los(as) trabajadores(as) tuvieran posibilidades reales de cumplir con el número de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, lo que antes se dificultaba de forma injusta por las limitaciones a la acumulación pues aunque las personas trabajaban durante un tiempo para una empresa privada o entidad pública si cambiaban de empleador éste tiempo no les servía para obtener su pensión de vejez.

Adicionalmente, esta interpretación encuentra fundamento en la filosofía que inspira el derecho a la pensión de vejez que estriba en que “el trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso en condiciones dignas, cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente.”[132]

Finalmente, la Corte también ha sustentado esta última interpretación en que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no prohíbe la acumulación en tanto no exige expresamente que todas las cotizaciones hayan debido hacerse al Instituto de Seguros Sociales.

6.6. Así, en virtud del principio de favorabilidad, esta segunda interpretación es la que la Corte ha elegido para resolver este tipo de casos, pues implica que el trabajador pueda conservar los beneficios del régimen de transición y que, de esta manera, se acumulen todos los periodos trabajados en el sector público y las cotizaciones al ISS con el fin de cumplir con el número de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 y así obtener la pensión de vejez.

6.7. La posibilidad de acumular tiempos no cotizados al ISS bajo el Acuerdo 049 de 1990, es una regla que la Corte ha aplicado también frente a casos en los cuales el trabajador, siendo servidor público sí tuvo aportes a cajas de previsión social, así como semanas cotizadas al ISS a lo largo de su vida laboral. En sentencias como la T-398 de 2009, T-714 de 2011 y T-093 del mismo año, se han examinado las tutelas de personas que, siendo beneficiarias del régimen de transición y por haber cotizado a cajas de previsión social como al ISS, en principio debería aplicárseles la Ley 71 de 1988; no obstante la Corte les ha reconocido la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

6.7.1. Aunque en tales oportunidades la justificación del cambio en la aplicación del régimen especial no había sido clara, considerando que en principio lo aplicable para acumular tiempo cotizado a cajas de previsión y al ISS era la citada Ley 71 de 1988, solo en

la sentencia T-093 de 2011 se sugirió que “[S]i bien el peticionario, mediante la (...) acción de tutela, solicita[ba] la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, en atención al principio de favorabilidad, se [procedía] a analizar (...) la posibilidad de aplicar el artículo 12 de Acuerdo 049 de 1990. Esto, porque de los posibles regímenes de transición de los que puede ser beneficiario el actor, [este último es] el más favorable.”

En efecto, la anterior interpretación es sin duda resultado de la aplicación del principio de favorabilidad en sentido estricto, en la medida en que, de varias disposiciones jurídicas aplicables al caso concreto o que gobiernan su solución (artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990), la Corte ha elegido el canon que más protege los derechos del trabajador.

6.7.2. Esta hipótesis debe ser aclarada por esta Sala en los siguientes términos. Si bien en principio la Ley 71 de 1988 solo permitía la acumulación de aportes a cajas de previsión y al ISS- por ello recibía el nombre de pensión por aportes-, con la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado en 2013, que ya venía desarrollándose desde 2001, se determinó que todo el tiempo de servicios laborado al sector público, cotizado o no a cajas de previsión social o fondos territoriales debía ser tenido en cuenta para efectos de pensionarse con la citada ley. Lo anterior, bajo el entendido de que el derecho irrenunciable a la pensión no podía truncarse por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, más cuando con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 la afiliación a la seguridad social de los servidores públicos era facultativa.

6.8. En tal sentido, puede observarse que con la interpretación hecha por el Consejo de Estado, la hipótesis pensional contemplada por la Ley 71 de 1988 ya incluye la suma de tiempos laborados para el sector público y privado, sin importar si los primeros habían sido aportados a una caja de previsión. Así entonces, junto con el Acuerdo 049 de 1990, de acuerdo a la interpretación hecha por esta Corporación, ambas normatividades pueden gobernar la solución de casos en los que coexisten tiempos laborados para el sector público, cotizados o no a cajas o fondo públicos, y aportes al ISS.

6.8.1. Siendo ambas disposiciones regulatorias de los casos en comento, este Tribunal, mediante los pronunciamientos ya señalados, ha optado por la aplicación del Acuerdo 049

de 1990. Sin desconocerse que los análisis hechos bajo el principio de favorabilidad siempre demandan su aplicación en cada caso concreto, esta Sala observa que, al menos sobre el requisito del tiempo de servicios, el Acuerdo 049 de 1990 solo exige 1000 semanas mientras que con la Ley 71 de 1988 se requieren 20 años de servicios para pensionarse, o lo que es lo mismo en semanas, 1028,57. Este presupuesto, visto en su generalidad, puede resultar una razón suficiente para considerar que obtener la pensión por Acuerdo 049 de 1990, al menos en el asunto de tiempo, resulta más favorable que solicitarla al amparo de la citada ley.

## 7. Análisis del caso concreto

El asunto que ahora se revisa, fue motivado por la presentación de un acción de tutela en cabeza del señor Ponce de León, de 70 años, quien reclama que el tiempo laborado pero no cotizado por Cemex S.A. y la Empresa de Licores de Cundinamarca al sistema pensional, vulneraba abiertamente sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, en tanto el ISS (hoy Colpensiones), en razón de lo anterior, durante más de 10 años se ha negado a reconocerle la pensión de vejez por insuficiencia de semanas reportadas en su historia laboral.

7.1. En atención a la metodología propuesta para la solución del caso, la Sala empezará por determinar la existencia de los derechos reclamados contra Cemex S.A.

Sobre el particular, debe recordarse que el accionante trabajó en el municipio de La Calera para Industrias e Inversiones Samper (hoy presuntamente Cemex S.A.) desde el 3 de julio de 1967 hasta el 15 de marzo de 1974, desempeñando el cargo de dibujante industrial, y desde el 8 de abril de 1974 hasta el 16 de septiembre de 1975, como ingeniero jefe de planeación. Sin embargo, la empresa argumenta que solo realizó las cotizaciones a pensión del señor Ponce de León cuando éste prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá, esto es, del 1° de mayo de 1971 al 15 de marzo de 1974, puesto que las compañías que funcionaban en La Calera fueron llamadas a cotizar solo a partir del 1° de abril de 1994.

De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, especialmente el certificado de existencia y representación de Cemex S.A. y demás documentos aportados por esta empresa, Industrias e Inversiones Samper S.A. fue vendida a Cementos Diamante S.A. y desde el 1 de enero de 2001 operó una sustitución patronal notificada al Instituto de

Seguros Sociales para todos los efectos. Posteriormente, tal como lo manifiesta la empresa demandada “Cementos Diamante S.A. (...) fe (sic) absorbida por Cemex Colombia S.A”. Adicionalmente, en el certificado de existencia y representación puede notarse que la sociedad Cementos Diamante S.A. cambió su nombre por el Cemex Colombia S.A.

Como se observa, entre Cemex S.A. e Industrias e Inversiones Samper S.A. no hubo una sustitución expresa ni directa. Sin embargo, tampoco hubo solución de continuidad en toda la cadena patronal, tanto que puede advertirse cómo Cemex S.A. absorbió a una empresa de la misma línea de sus actividades cementeras, que traía consigo una sustitución patronal con otra compañía.

En efecto, es manifiesto que hubo un cambio de empleador por cualquier causa, que en este caso sería la absorción de la demandada frente a Cementos Diamante S.A., a la vez sustituto expreso de Industrias e Inversiones Samper S.A.; así como que el giro de las actividades y negocios se mantuvo, puesto que ambas empresas se dedicaban básicamente a la producción y transformación del cemento.[133] En ese orden, la Sala da cuenta de que si bien no se surtió una sustitución patronal expresa no por ello no existió, puesto que tal como se vio, la hipótesis fáctica coincide con lo señalado por el legislador laboral en el artículo 67 del Código Sustantivo respectivo. Sobre esa base, no existe ningún impedimento frente a la legitimación por pasiva de Cemex S.A. en el actual trámite de revisión.

7.1.2. Ahora, en esa línea de análisis, es menester responder al segundo cuestionamiento planteado por la Sala al inicio de la providencia: ¿Es obligación de Cemex S.A., como antiguo empleador, reconocer tiempos de aportes a pensión a un trabajador que prestaba sus servicios en un lugar en el que aún no había cobertura del ISS (La Calera), y al momento inicial de la sustitución del riesgo por el Instituto no había completado 10 años de vinculación con dicho patrono, de acuerdo con lo exigido por el Decreto 3041 de 1966?

Como marco de estudio para resolver este punto, se tendrán en cuenta las subreglas decantadas en el capítulo 5 de esta providencia. Asimismo, como quiera que al resolver este tema, necesariamente el análisis sobre la acumulación de tiempos en virtud del principio de favorabilidad será necesario, la Sala también abordará el mismo frente al caso concreto.

7.1.2.1. El señor Ponce de León trabajó para Industrias e Inversiones Samper S.A. (hoy

Cemex S.A. para los efectos de esta providencia) desde el 3 de julio de 1967 hasta el 15 de marzo de 1974, y desde el 8 de abril de 1974 hasta el 16 de septiembre de 1975, extinguiéndose la relación laboral antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[134].

Asimismo, el tiempo de servicio prestado a la entidad es insuficiente para acceder a las prestaciones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Ley 171 de 1961 y en el Decreto 3041 de 1966, pues para aplicar los supuestos planteados en dichos regímenes es necesario contar, al menos, con 10 años laborados de manera continua para el mismo empleador al momento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

Por otra parte, este Tribunal evidencia que, respecto de los periodos que no fueron cotizados por la empresa, es decir, entre el 3 de julio de 1967 y el 30 de abril de 1971 y del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975, el empleador no tenía la obligación legal expresa de realizar los aportes para pensiones en relación con el accionante, como quiera que por esa época el señor Ponce de León laboraba en La Calera, lugar donde solo se efectuó el llamamiento el 1 de abril de 1994, según información del ISS.

7.1.2.2. En este punto, para continuar en el numeral 7.1.2.3. con el análisis respecto de Samper S.A. (Cemex S.A.), la Sala debe aclarar el tema de las semanas o el tiempo que reporta el accionante en su historia laboral, y desarrollar la cuestión de la acumulación y el régimen más favorable a aplicar. El señor Ponce de León registra en total 533,32 semanas efectivamente cotizadas, equivalentes a 10 años, 4 meses y 13 días aproximadamente. En efecto, tal tiempo resulta insuficiente para obtener la pensión de vejez, tanto frente a los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990[135] como a la luz de los presupuestos de la Ley 71 de 1988. En efecto, respecto del primero se requieren aportes equivalentes a 1000 semanas en cualquier tiempo[136], o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (60 años), lo que en ninguno de los dos casos se cumple. Por su parte, la citada ley exige 20 años de servicios, los cuales equivalen a 1028, 57 semanas, tiempo que el accionante no logra acreditar con su historia laboral.

Sin embargo, si se contase el tiempo laborado y no cotizado por Samper S.A. (Cemex S.A.), y si además este se acumula con los aportes que la Empresa de Licores de Cundinamarca efectuó a la caja de previsión respectiva, el accionante sumaría 19 años, 2 meses y 1 día, el

equivalente a 985,85 semanas.

Frente a lo anterior, cabe decir que, tal como se expuso en el capítulo 6, la acumulación entre el tiempo cotizado al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca con los aportes hechos al ISS es posible y que, de conformidad con la aplicación del principio de favorabilidad en sentido estricto, el régimen aplicable al accionante debe ser el Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, puesto que con la Ley 71 de 1988, al actor le harían falta 9 meses y 29 días para cumplir con el requisito de tiempo, algo así como 42 semanas; mientras que si se aplican los requisitos de tiempo del Acuerdo 049 de 1990, al peticionario le harían falta sólo 15 semanas de cotización en un cálculo bastante aproximado.

7.1.2.3. Visto el tema de la acumulación y del régimen aplicable de conformidad con el principio de favorabilidad, la Sala debe señalar que, además, el caso del actor se enmarca en aquellos en los que la ausencia de remedio legal, por tratarse de un trabajador que llevaba menos de 10 años de servicios a una misma empresa al momento de afiliación al ISS, ha afectado su derecho fundamental a la seguridad social puesto que no tiene otra opción pensional, resultando imperioso dar aplicación al principio de equidad y en ese sentido, reconocer para efectos pensionales, todo el tiempo laborado y no cotizado a Samper S.A.

7.1.2.3.1. En ese orden, esta Corporación considera que una fórmula que se ajusta a dicho axioma, es que el antiguo empleador cancele el 75% de los aportes correspondientes al número de semanas estrictamente necesarias para acceder a la pensión de vejez si la persona trabajó más del tiempo que requiere o, como en nuestro caso, las que haya laborado si aún no resultan suficientes, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, debiendo pagar el 25% restante de los mismos el ex trabajador.

7.1.2.3.2. En primer lugar, esta Corporación reconoce que Samper S.A. (Cemex S.A.), en principio, cumplió con las obligaciones laborales que tenía para la época del vínculo contractual con el señor Ponce de León. No obstante, en virtud del principio de equidad, dicha sociedad es la llamada a cooperar para superar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de jubilación, frente a la carga desproporcionada que implicó para el mismo la ausencia de remedio legal en este caso.

7.1.2.3.3. En ese sentido, la Sala no estimaría razonable que se le ordene a la empresa el pago de la totalidad de los aportes teniendo como base el salario que devengaba el accionante, pero si la cancelación de las cotizaciones en el referido porcentaje (75%) sobre el número de semanas que el peticionario laboró para Samper S.A., teniéndose como base de cotización, se reitera, el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral.

7.1.2.3.4. Sobre este último tema, la Corte considera que, a la luz del principio de equidad, la cancelación de los aportes correspondientes al tiempo que el peticionario laboró con Samper S.A. (desde el 3 de julio de 1967 al 30 de abril de 1971 y del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975), teniendo como base los salarios mínimos establecidos para la época de la relación contractual, le permitirían acceder a la pensión de vejez, sin que se vea afectado el monto de la misma, en tanto, la base de liquidación de la pensión según la Ley 100 de 1993[137] se obtiene de la aplicación de una fórmula que tiene en cuenta los salarios sobre los cuales cotizó el trabajador en los últimos 10 años[138], y dentro de los cuales no se encuentran los trabajados para Samper S.A. (Cemex S.A.), pues el señor Ponce de León prestó sus servicios a esta empresa al inicio de su vida laboral.

7.1.2.3.5. Por otra parte, el hecho de que el pago de los aportes a cargo de la empresa se efectúe sobre un 75% y no sobre el 100%, busca hacer efectivo un componente de cooperación, y tiene como origen el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[139], que estableció que el monto de cotización será pagado en tal porcentaje por el empleador, y el restante 25% por el trabajador. Igualmente, la cancelación de dicha suma de dinero por parte del accionante también pretende que no se obvie el hecho de que no efectuó las cotizaciones necesarias en el periodo comprendido entre el 13 de diciembre de 1983 y el 13 de diciembre de 2003, lo que derivó en que no pudiera ser beneficiario de la pensión establecida en el mismo Acuerdo 049 de 1990 que establece la mesada con sólo 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (60 años).

7.1.2.3.6. Por lo demás, este Tribunal resalta que la sostenibilidad financiera del sistema pensional de prima media no se verá afectada, por cuanto la pensión será reconocida con el cumplimiento de todos los requisitos legales, en tanto, se respeta la edad y el número de semanas consagradas en la normatividad, puesto que el actor tiene más 60 años, y si bien la suma de los periodos aportados y los que deberán ser pagados equivalen a 985,85

semanas, la Sala le ordenará al actor que efectúe los aportes por las semanas faltantes a Colpensiones para reunir las 1000, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Sobre el particular, en el expediente se encuentra probado que el señor Ponce de León tiene 70 años, ya que nació el 13 de diciembre de 1943. Los períodos cotizados efectivamente al ISS (hoy Colpensiones) corresponden a 533,32 semanas. Este tiempo, sumado a la cuota parte a cargo de la Empresa de Licores de Cundinamarca y de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del mismo departamento por el tiempo cotizado al Fondo Territorial desde el 19 de mayo de 1992 al 28 de febrero de 1996 y al capital por el tiempo laborado a Samper S.A. que debe trasladar Cemex S.A. por los periodos del 3 de julio de 1967 al 30 de abril de 1971 y del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975, corresponderían, como se dijo, a un total de 985,85 semanas aproximadamente. Precisamente el faltante debe ser cotizado por el peticionario, pero considerando su situación económica actual, la Sala le ordenará a Colpensiones que aporte las semanas faltantes y que posteriormente dichos valores sean deducidos de las mesadas pensionales futuras del accionante, en el mismo sentido del 25% de los aportes tratados dos párrafos más arriba. En ese orden de ideas, la pensión se reconocería con el cumplimiento de todos los requisitos de la disposición pensional aplicable, esto es, el Acuerdo 049 de 1990,[140] y no habría lugar a afectación alguna al sistema.

7.2. Por otra parte, para la Sala no pasa inadvertido que, el 15 de marzo de 2011, el ISS negó la pensión de vejez al accionante sobre la base de que no conservaba el régimen de transición, puesto que no tenía 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 y, en ese sentido, no podían extenderse sus efectos hasta el año 2014.[141] Sin embargo, considerando que en esta providencia se ordenará el reconocimiento de tiempos laborados para Cemex S.A. y de la misma forma la cuota parte correspondiente a la ELC y a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del mismo departamento, la Corte concluye que la suma de esos periodos a 22 de julio de 2005 correspondía a 977.28, es decir, más de 750 semanas. Por este motivo, no se considera que el accionante haya perdido el régimen de transición.

7.3. Finalmente, al observar la historia laboral del accionante, la Sala advierte que algunos periodos de cotización a cargo de la Empresa de Licores de Cundinamarca aparecen

incompletos, particularmente entre el 1 de marzo de 1996 y el 30 de abril del mismo año, sugiriendo una mora patronal al respecto. Frente a este tema, tal como lo ha reiterado esta Corporación, [142] dicha carga que no es oponible al trabajador, y en ese sentido, si Colpensiones al momento de efectuar el reconocimiento pensional al accionante se encuentra con esta clase de situaciones debe cubrir dichos periodos de cotización y posteriormente debe repetir contra el respectivo patrono.

7.4. En ese orden de ideas, la Sala revocará parcialmente los fallos de instancia en relación con la protección del derecho a la seguridad social del accionante, y en su lugar protegerá el mismo. Igualmente, le ordenará a Colpensiones que realice el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las semanas que el peticionario laboró para Samper S.A. (Cemex S.A.) del 3 de julio de 1967 al 30 de abril de 1971 y del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975, y las tenga en cuenta para otorgarle la pensión de conformidad con artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral. Asimismo, Colpensiones, luego de que compute todos los tiempos laborados a Samper S.A. (Cemex S.A.), los aportados por la Empresa de Licores de Cundinamarca y las semanas efectivamente cotizadas al ISS, deberá realizar al cálculo exacto de cuantas semanas le faltan al accionante para alcanzar las 1000, y deberá proceder a aportar el capital equivalente a las mismas para completar el requisito de tiempo de la pensión, otorgar la prestación al accionante y posteriormente hacer las respectivas deducciones.

En ese sentido, se dispondrá que Cemex S.A. pague a Colpensiones el 75% de la suma que se establezca en dicho cálculo, y se ordenará a Colpensiones que cancele el 25% restante, el cual podrá deducirlo de las mesadas pensionales a pagar, luego de pactar con el accionante una forma razonable de hacerlo, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente. De igual forma, considerando que existe un (i) tiempo cotizado a un Fondo de Pensiones Territorial y que el peticionario no es el responsable de coordinar administrativamente a las entidades del Sistema,[143] Colpensiones, después de recibir (ii) el respectivo capital de Cemex S.A. en el 75%, y hacer (iii) la contribución del 25% más (iv) el de las semanas que le hacen falta para completar las 1000, deberá reconocer, sin más demoras, la pensión al señor Ponce de León de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y posteriormente repetir contra la Empresa de Licores de Cundinamarca o la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del

mismo departamento, por la cuota parte correspondiente de conformidad con los medios con que la faculta la Ley 71 de 1988, así como pactar con el accionante una forma razonable de deducir de las mesadas futuras los aportes correspondientes al 25% de lo trabajado con Samper S.A. y las semanas faltantes para completar las 1000.

### III. DECISIÓN:

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Cundinamarca- el 27 de septiembre de 2013, que a su vez confirmó la proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento del mismo distrito el 14 de agosto de 2013 mediante la cual se denegó el amparo al derecho a la seguridad social del señor Enrique Ponce de León Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES- y la Empresa de Licores de Cundinamarca, y como vinculados el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, el ISS en liquidación y Cemex S.A; y en su lugar TUTELAR los mismos.

SEGUNDO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice el cálculo (#1) correspondiente a los aportes equivalentes a las semanas que el peticionario laboró para Samper S.A. (Cemex S.A.) del 3 de julio de 1967 al 30 de abril de 1971 y del 8 de abril de 1974 al 16 de septiembre de 1975, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral entre el señor Enrique Ponce de León Ávila y Samper S.A. Una vez elaborado el mismo, tendrá 24 horas para ponerlo en inmediato conocimiento de Cemex S.A. y del señor Enrique Ponce de León Ávila, informándole al primero a cuanto corresponde el 75% del mismo y al segundo a cuanto corresponde el 25%.

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, luego de que compute todos los tiempos laborados por el peticionario a Samper S.A. (Cemex S.A.), los aportados a Cajas de previsión o fondos territoriales por la Empresa de Licores de Cundinamarca a su nombre y las semanas

efectivamente cotizadas al ISS que aparecen en su historia laboral, realice el cálculo (#2) correspondiente de cuantas semanas le faltan al accionante para alcanzar las 1000 según el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (15 semanas aprox), teniendo como base de cotización la del último salario sobre el cual se hicieron aportes al ISS o a Colpensiones. Una vez elaborado el mismo, tendrá 1 mes para aportar el capital equivalente a dichas semanas para completar el requisito de tiempo de la pensión del accionante de conformidad el Acuerdo 049 de 1990, aporte que podrá deducirlo de las mesadas pensionales a pagar, luego de pactar con el accionante una forma razonable de hacerlo, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente. Colpensiones deberá poner en inmediato conocimiento del accionante este cálculo.

CUARTO.- ORDENAR a Cemex S.A. que, dentro de los dos (2) meses siguientes al momento en que se ponga en su conocimiento el cálculo (#1) señalado en el numeral 2º, pague a Colpensiones el 75% de la suma que en el mismo se establezca.

QUINTO.- ORDENAR a Colpensiones que, en nombre del trabajador, dentro de los dos (2) meses siguientes al momento de la expedición del cálculo (#1) señalado en el numeral 2º aporte el 25% de la suma que en el mismo se establezca; porcentaje podrá deducirlo de las mesadas pensionales a pagar, luego de pactar con el accionante una forma razonable de hacerlo, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO.- ORDENAR a Colpensiones que una vez recibidos los pagos de Cemex S.A. en el 75%, habiendo contribuido ya con el 25% de los aportes del numeral quinto de la parte resolutive de esta providencia más los de las semanas que le hacen falta al peticionario para completar las 1000 referidas en el numeral tercero de esta misma sentencia, deberá reconocer, dentro de los 15 días siguientes, la pensión de vejez al señor Ponce de León de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y posteriormente deberá repetir contra la Empresa de Licores de Cundinamarca o la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del mismo departamento, por la cuota parte correspondiente de conformidad con los medios con que la faculta la Ley 71 de 1988.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Colpensiones que, quince (15) días después del pago de la primera

mesada pensional al accionante, requiera al mismo para que pacte con él una forma razonable en la que la aseguradora pueda deducir de las mesadas futuras a pagar tanto el 25% de los aportes dispuesto en el numeral quinto de la parte resolutive de esta sentencia como el capital correspondiente a las semanas faltantes para alcanzar las 1000 del numeral tercero de esta misma sentencia. En todo caso, tales deducciones deben ser el resultado de un acuerdo entre la entidad aseguradora y el señor Ponce de León Ávila, teniendo en cuenta que los respectivos descuentos de cada mesada pensional deberán hacerse sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente.

OCTAVO.- ORDENAR a Colpensiones que, si en el trámite del reconocimiento pensional al señor Enrique Ponce de León, se encuentra con periodos de cotización en mora patronal, cubra los aportes de dichos periodos, de forma que el reconocimiento de la pensión de vejez no se retrase por este motivo. Una vez hechos los correspondientes pagos (aportes), Colpensiones tendrá un (1) mes para iniciar los respectivos cobros coactivos contra el empleador moroso.

NOVENO.- ORDENAR al accionante que, en el momento en que sea requerido por Colpensiones, debe pactar con la entidad aseguradora una forma razonable en que (i) se deduzca de sus mesadas pensionales el capital aportado por dicha aseguradora correspondiente a las semanas faltantes para alcanzar las 1000 referido en el numeral tercero de la parte resolutive de esta providencia, y (ii) reembolse el 25% de los aportes que Colpensiones se vio obligada a pagar de conformidad con el numeral quinto de la parte resolutive de esta misma sentencia, a través de deducciones que también deberán hacerse a cada mesada pensional, a menos que el peticionario proponga una forma más eficiente, adecuada y conveniente de hacerlo.

DÉCIMO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se envíe al Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el expediente contentivo del proceso ordinario laboral promovido por Enrique Ponce de León contra Colpensiones identificado con el radicado interno 918/07, que fue remitido a esta Corporación en calidad de préstamo con motivo de las pruebas solicitadas en sede de revisión.

UNDÉCIMO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libren las comunicaciones a que se

refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento y aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-435/14

RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR FRENTE A PAGO DE COTIZACIONES AL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Casos en que en algunos lugares no existía cobertura por parte del ISS (Salvamento de voto)

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ Y ORDEN A COLPENSIONES DE ASUMIR PAGO DE

COTIZACIONES FALTANTES DE MANERA TEMPORAL-Se afecta la sostenibilidad financiera del sistema (Salvamento de voto)

No comparto la orden dada a Colpensiones de cubrir el 25% de los aportes faltantes del accionante, con la posterior deducción de los mismos de las mesadas pensionales que reciba el actor, por las razones que a continuación expongo: El sistema de seguridad social integral en pensiones es de naturaleza esencialmente contributiva, su soporte financiero son las cotizaciones. La obligación de pagar los aportes al sistema constituye una obligación, un deber vital para su sostenibilidad, más tratándose del régimen solidario de prima media con prestación definida, puesto que, la prestación que se reconozca se calcula con base en el ingreso base de cotización y, además, se trata de un aporte económico que sustenta el pago de prestaciones futuras de los afiliados. Ordenar asumir el pago de las cotizaciones faltantes de manera temporal por parte de Colpensiones, estimo, afecta la sostenibilidad financiera del sistema y resulta contrario a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 en cuanto señala que: para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicios o las semanas de cotización (...). La pensión es una prestación económica que debe reconocerse hasta tanto no se satisfaga el tiempo exigido por la ley, razón por la cual considero que hasta tanto el actor no efectúe las cotizaciones faltantes no podía ordenarse su reconocimiento, exceptuando claro está, eventos como la mora en el pago de aportes, reservas actuariales, cuotas partes y bonos pensionales. No corresponde a la jurisprudencia crear una solución de tal dimensión, menos si la intención normativa fue contraria a consagrarla.

IUS VARIANDI-Caso en que le creó efectos adversos al trabajador por traslado a zonas sin cobertura del ISS (Aclaración de voto)

Debo advertir que si bien quedó expresado mi disentimiento en el proyecto, debo aclarar el voto en el siguiente sentido: en el caso concreto debió la Sala tomar en cuenta que la movilidad del trabajador en ejercicio del "ius variandi" le creó efectos adversos al trasladarlo a distintas zonas donde se encontraba con y sin cobertura por parte del ISS, razón por la cual debió efectuarse dicho análisis al momento de concretar responsabilidad del empleador respecto del pago de las cotizaciones, lo que estimo constituye un argumento distinto que hubiere servido como fundamento a la decisión en relación con el pago de los aportes.

Referencia: Expediente T-4.187.064

Acción de tutela presentada por la Defensoría del Pueblo como agente oficioso de Enrique Ponce León Ávila contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, La Empresa de Licores de Cundinamarca (ELC), y como vinculados el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, el ISS en Liquidación y Cemex S.A..

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado discrepo de la decisión proferida en el fallo de la referencia, en lo que concierne a la responsabilidad del empleador frente al pago de cotizaciones al régimen de seguridad social en pensiones, cuando no existía cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, por las razones que paso a explicar:

A mi juicio, la Sala debe partir de lo señalado por la Corporación en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, fallos en los que la Corte examinó el inciso c del parágrafo 1º de la Ley 100 de 1993[144], y en los cuales precisó que los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión antes de la ley 100 de 1993, tenían una simple expectativa y solo se concretaba su derecho a la pensión con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos. En consecuencia, las decisiones frente al tema ameritan un pronunciamiento por la Sala Plena de la Corporación, a efectos de establecer el alcance e interpretación de las normas que permiten conmutar el tiempo de servicios prestado a los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión y que no les era permitido afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, conforme lo dispuesto por la Ley 90 de 1946. Es la Sala Plena quien debe fungir como interprete fidedigno y verdadero de los efectos y alcances de sus propias decisiones y, en consecuencia, despejar cualquier duda respecto del sentido de sus sentencias de constitucionalidad.

De igual manera, no comparto la orden dada a Colpensiones de cubrir el 25% de los aportes faltantes del accionante, con la posterior deducción de los mismos de las mesadas pensionales que reciba el actor, por las razones que a continuación expongo: El sistema de seguridad social integral en pensiones es de naturaleza esencialmente contributiva, su

soporte financiero son las cotizaciones. La obligación de pagar los aportes al sistema constituye una obligación, un deber vital para su sostenibilidad, más tratándose del régimen solidario de prima media con prestación definida, puesto que, la prestación que se reconozca se calcula con base en el ingreso base de cotización y, además, se trata de un aporte económico que sustenta el pago de prestaciones futuras de los afiliados. Ordenar asumir el pago de las cotizaciones faltantes de manera temporal por parte de Colpensiones, estimo, afecta la sostenibilidad financiera del sistema y resulta contrario a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 en cuanto señala que: para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicios o las semanas de cotización (...). La pensión es una prestación económica que debe reconocerse hasta tanto no se satisfaga el tiempo exigido por la ley, razón por la cual considero que hasta tanto el actor no efectúe las cotizaciones faltantes no podía ordenarse su reconocimiento, exceptuando claro está, eventos como la mora en el pago de aportes, reservas actuariales, cuotas partes y bonos pensionales. No corresponde a la jurisprudencia crear una solución de tal dimensión, menos si la intención normativa fue contraria a consagrarla.

Como precisión final, debo advertir que si bien quedó expresado mi disentimiento en el proyecto, debo aclarar el voto en el siguiente sentido: en el caso concreto debió la Sala tomar en cuenta que la movilidad del trabajador en ejercicio del “ius variandi” le creó efectos adversos al trasladarlo a distintas zonas donde se encontraba con y sin cobertura por parte del ISS, razón por la cual debió efectuarse dicho análisis al momento de concretar responsabilidad del empleador respecto del pago de las cotizaciones, lo que estimo constituye un argumento distinto que hubiere servido como fundamento a la decisión en relación con el pago de los aportes.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-435/14

DEBER LEGAL DE APROVISIONAMIENTO-Los empleadores particulares, cualquiera sea su capital, deben responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores, causadas por los servicios prestados desde 1946, independientemente de la entrada en funcionamiento del ISS (Aclaración de voto)

Comparto el sentido general de la sentencia de revisión T-435 de 2014 al conceder el amparo. Sin embargo, es mi deber aclarar que, en casos como el presente, el fundamento normativo de la protección no se agota en el principio de la equidad, sino que encuentra respaldo en el deber legal de aprovisionamiento inequívocamente consagrado por la Ley 90 de 1946 en sus artículos 72 y 76

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y DEBER DE SOLIDARIDAD-Tiene un poder vinculante (Aclaración de voto)

El principio fundante de la solidaridad no debe entenderse como un sentimiento de benevolencia o caridad con el trabajador desprotegido, sino como una auténtica disposición normativa que exige la responsabilidad común ante la injusticia[145]. No se trata entonces de ordenar a manera de dádiva el pago de las semanas restantes para que un trabajador acceda a la pensión mínima que le permita tan solo subsistir, sino de la responsabilidad colectiva que tenemos como sociedad frente al ciudadano por el trabajo efectivamente prestado, mas no reconocido

Referencia: Expediente T-4.187.064.

Acción de tutela instaurada Enrique Ponce de León Ávila contra Cemex S.A. y otros.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a aclarar el voto en la sentencia T-435

de 2014[146].

El caso gira en torno a la situación de Enrique Ponce de León Ávila quien interpuso acción de tutela por violación del derecho a la seguridad social. Según se probó, el señor Ponce de León trabajó para Industrias e Inversiones Samper (hoy Cemex S.A.) en el municipio de la Calera, desde el 03 de julio de 1967 hasta el 16 de septiembre de 1975. Sin embargo, la empresa argumenta que solo realizó las cotizaciones a pensión cuando el accionante prestó sus servicios en la ciudad de Bogotá, esto es, del 1° de mayo de 1971 al 15 de marzo de 1974, puesto que las compañías que funcionaban en La Calera fueron llamadas a cotizar tan solo a partir del 1° de abril de 1994.

Comparto el sentido general de la sentencia de revisión T-435 de 2014 al conceder el amparo. Sin embargo, es mi deber aclarar que, en casos como el presente, el fundamento normativo de la protección no se agota en el principio de la equidad, sino que encuentra respaldo en el deber legal de aprovisionamiento inequívocamente consagrado por la Ley 90 de 1946 en sus artículos 72 y 76. En la decisión T-770 de 2013, cuya ponencia me correspondió, fundamenté dicha obligación a partir de consideraciones normativas, históricas y conceptuales, para así concluir que:

“[A]unque no era responsabilidad de la empresa realizar al I.S.S. los aportes a pensión antes de 1967, por cuanto no habiendo entrado en funcionamiento el Instituto nadie está obligado a lo imposible, sí constituía un deber jurídico de cada empleador realizar los aprovisionamientos necesarios para hacer las transferencias al I.S.S. una vez la entidad hiciera el llamado a afiliación (Ley 90 de 1946, art. 72 y 76). Como se dijo anteriormente, la entrada en operación del Instituto era un hecho futuro pero cierto, por lo que era responsabilidad de cada empresario actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia”[147] en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año de 1887.

En esta misma dirección, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en reciente providencia (C-258 de 2013), sostuvo, al explicar el desarrollo histórico de la seguridad social en nuestro país, que la Ley 90 de 1946 “creó la obligación en cabeza de las empresas de realizar la provisión correspondiente de la pensión de cada trabajador para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste su pago”.

Esta obligación de previsión se corresponde además con una fase histórica del desarrollo de la seguridad social. Como se anotó en el capítulo tercero de esta providencia, antes de la implementación de los seguros públicos obligatorios, operó un sistema basado en la previsión, fuese esta individual o grupal; ello requería tanto una operación intelectual, prever, es decir anticipar la posibilidad de que acaezcan contingencias, como pro-veer, que implica disponer los medios suficientes para superar las consecuencias de esos hechos futuros. Esto permite comprender el mandato de aprovisionamiento ideado por el legislador de 1946, como una forma de transición hacia el establecimiento del sistema de seguridad social oficial y universal.

Es preciso anotar también que fue voluntad expresa del legislador disponer este régimen de transición, condicionado por el pago de un aporte previo del empleador, por cuanto la ausencia del mismo daría origen a una tremenda injusticia, ocasionada por el servicio prestado por un trabajador pero no reconocido en aportes (...)”[148].

En todo caso, en la referida sentencia T-770 de 2013 igualmente se destacó la importancia del principio/deber de solidaridad no solo como un parámetro rector de las relaciones laborales, sino del sistema constitucional colombiano globalmente considerado:

“Es precisamente la nueva Carta Política la que consagra, como pilares fundantes del Estado, a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran[149]. Como ya se explicó, la idea de solidaridad es la “que cohesiona y une a los individuos en el complejo social, permite al Estado recurrir a medios de exacción fiscal de imposición total o parcial, a fin de costear financieramente los gastos que supone el servicio público”, como es el caso de la seguridad social.

El orden constitucional guarda entonces una especial inclinación por la vigencia de un régimen solidario, que supere el individualismo acérrimo y el liberalismo decimonónico. El principio/deber de la solidaridad social tiene un poder vinculante[150] que exige un comportamiento acorde con el hecho de la interdependencia social; la cual se manifiesta, en gran parte, en las relaciones laborales (...)”[151].

Bajo las anteriores precisiones acompaño esta vez la sentencia T-435 de 2014, en tanto concede un mínimo de protección al señor Ponce de León y no permite que su trabajo por más de cuatro años sea totalmente desconocido para efectos de su derecho pensional. Pero

por las mismas razones también debo explicar el alcance de mi voto, reiterando el origen legal del deber de aprovisionamiento, y lo que en mi opinión constituye el verdadero alcance de la equidad y la solidaridad.

En efecto, el principio fundante de la solidaridad no debe entenderse como un sentimiento de benevolencia o caridad con el trabajador desprotegido, sino como una auténtica disposición normativa que exige la responsabilidad común ante la injusticia[152]. No se trata entonces de ordenar a manera de dádiva el pago de las semanas restantes para que un trabajador acceda a la pensión mínima que le permita tan solo subsistir, sino de la responsabilidad colectiva que tenemos como sociedad frente al ciudadano por el trabajo efectivamente prestado, mas no reconocido.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos, mediante auto del 25 de febrero de 2014. Folios 12 al 17 del cuaderno de Revisión.

[2] Este Fondo fue vinculado al trámite de tutela mediante Auto del 31 de julio de 2013 por el Juez Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá- Cundinamarca-. Folios 327 y 329 del cuaderno 3.

[3] El peticionario nació el 13 de diciembre de 1943 de conformidad con su registro civil de nacimiento, obrante en copia auténtica a Folio 82 del cuaderno N°1 del cuaderno del proceso laboral ordinario.

[4] De conformidad con la información solicitada en sede de revisión, Industrias e Inversiones Samper S.A. pasó a ser Cementos Diamante S.A. y entre ambas hubo una sustitución patronal. Posteriormente, Cementos Diamante S.A. fue absorbida por Cemex S.A. Folio 2 de la respuesta de Cemex S.A. en sede de revisión.

[5] Certificación laboral expedida por el director de relaciones laborales de Industrias e

Inversiones Samper S.A. el 12 de mayo de 1999. Folio 31 del cuaderno N°1.

[6] Folio 39 del cuaderno 1.

[7] Certificación del Subgerente de Talento Humano de la Empresa de Licores de Cundinamarca calendarada el 7 de junio de 2013.

[8] Certificación de periodos de vinculación laboral para Bonos Pensionales y Pensiones en favor del señor Enrique Ponce de León Ávila, expedida por la Empresa de Licores de Cundinamarca en Bogotá, el 8 de septiembre del STH/041/09 y aportada con la respuesta de esta entidad a la acción de tutela estudiada. Folio 8 cuaderno 2 de pruebas en sede de Revisión.

[9] Este decreto, incorpora al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los servidores públicos de la Rama ejecutiva del orden departamental del nivel central, de las entidades descentralizadas del departamento, de la asamblea y la contraloría departamental. Folios 183 y 184 del cuaderno 1.

[10] Mediante este decreto se declaran insolventes en materia financiera para continuar como Entidades Administradoras de Pensiones a la Caja de Previsión Social; a la Empresa de Licores y a la Beneficiencia de Cundinamarca, quienes tenían a su cargo el reconocimiento y pago directo de las pensiones de sus trabajadores, con sus propios recursos. Por este motivo, con el fin de sustituir a dichas entidad en las funciones pensionales, se crea el Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca. Folios 185 a 192 del cuaderno 1.

[11] Folio 49 y 58 y 163 del cuaderno 1.

[12] Folio 443 a 445 del cuaderno 1.

[13] Folios 384 al 386 del cuaderno 1.

[14] Aprobado por el decreto 758 de 1990.

[15] Folios 387 a 389 del cuaderno 1.

[16] Estos plazos son rectificadas por un oficio del 25 de septiembre de 2012 que envía el

Instituto de Seguros Sociales a la Procuradora Delegada para asuntos del trabajo que intervino preventivamente en el caso del accionante. Folio 103 del cuaderno N° 1.

[17] Folios 54 a 57 del cuaderno 1.

[18] Folios 62 al 90 del cuaderno 1 del proceso ordinario.

[19] Folios 99 a 106 del cuaderno 1 del proceso ordinario laboral.

[20] Sustenta su afirmación en las siguientes actuaciones fallidas: (i) El 11 de noviembre de 2009, el accionante presentó derecho de petición al ISS con el fin de obtener información sobre el proceso de cobro coactivo iniciado contra Cemex S.A. y la Empresa de Licores de Cundinamarca. El 8 de octubre del mismo año, el ISS le respondió que con la primera, si bien existía afiliación, se desconocían las fechas de ingreso y de retiro, y respecto de la segunda no registraba afiliación, por lo que no podía realizarse ningún cobro al presunto aportante. (Folios 9 a 16 del cuaderno 1); (ii) El 15 de febrero de 2010, el ISS le informó al peticionario que, revisada la base de datos de la entidad no obra ningún proceso coactivo contra quienes fueron sus empleadores y que a partir de la fecha, el Departamento Financiero Seccional Cundinamarca, iniciará de inmediato las acciones de cobro. (Folio 19 del cuaderno 1); (iii) El 8 de octubre de 2010, el ISS le informó al peticionario que se está enviando el último requerimiento a CEMEX S.A., pues de lo contrario iniciará el proceso de cobro coactivo. (Folios 14 y 15 del cuaderno 2); (iv) El 11 de julio de 2011, el accionante reiteró su petición al ISS para que el trámite del cobro coactivo se agilizará. (Folios 23 a 25 del cuaderno principal.)

[21] Folios 53 a 68 del cuaderno de Casación.

[22] Folios 124 al 137 del cuaderno 1.

[23] Fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, publicado en el Diario Oficial 45.984, del 29 de julio de 2005.

[25] Dichas actuaciones consistieron en: (i) El 22 de mayo y el 23 de julio de 2012, el peticionario efectuó diferentes solicitudes ante la Procuraduría General de la Nación para que continuaran con la intervención preventiva en el trámite de cobro coactivo por el ISS, ya que aún no le brindaban respuesta alguna. (Folios 28 y 29 del cuaderno 1); (ii) El 30 de

julio y el 23 de agosto de 2012, la Procuraduría delegada para los asuntos del trabajo y la seguridad social envió oficios al ISS y a Cemex, solicitando la tramitación ágil del cobro coactivo y el pago de todos los valores adeudados de parte de esta última. (Folios 428 y 439 del cuaderno 1. Esta petición fue reiterada el 23 de agosto de 2012); (iii) El 31 de agosto de 2012, se celebró ante la inspectora séptima del trabajo de Bogotá audiencia de conciliación entre Cemex S.A. y el accionante, con el fin de llegar a un arreglo sobre los periodos laborados por el extrabajador y no cotizados por la empresa. En la diligencia, que fue aplazada para el 10 de septiembre del mismo año, las partes no lograron ponerse de acuerdo sobre la obligatoriedad de dichas cotizaciones, pues la compañía afirmaba no tener el deber legal de hacerlo, en el sentido de que el ISS no había hecho el llamamiento respectivo mientras el actor aseguraba lo contrario. (Folios 436 y 437 del cuaderno 1); (iv) El 9 de septiembre de 2012, la Procuraduría Delegada para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social envió un requerimiento al ISS para que adelantara las acciones administrativas correspondientes en el caso del señor Ponce de León. (Folios 319 y 320 del cuaderno 1); (v) El 19 de septiembre de 2012, según el programa administrativo de flujo de expedientes en el ISS, se muestra que el proceso de cobro coactivo del peticionario está en fase de presustanciación y que la fecha de vencimiento para decidir es el 15 de agosto de 2012. (Folio 62 del cuaderno 2); (vi) El 21 de septiembre de 2012, la Jefe del Departamento Financiero del ISS requirió a Cemex S.A. para que se presentara en las instalaciones de la entidad con el fin de aclarar la situación de algunos aportes en salud y pensión sin cancelar en el registro del señor Ponce de León Ávila y; (vii) Pretendiendo la agilización del trámite, el accionante elevó aproximadamente unos 11 derechos de petición al ISS (hoy Colpensiones), calendados el 11 de noviembre de 2009, 3 de agosto de 2010, 30 de agosto de 2010, 11 de octubre de 2010, 28 de octubre de 2012, 8 de noviembre de 2010, 24 de enero de 2011, 27 de enero de 2011, 11 de julio de 2011, 26 de septiembre de 2011, 3 de octubre de 2012. (Folios 295 al 304 del cuaderno 1. Asimismo, los 391 al 396, 412 y 413, 423 y 424, 440 cuaderno 1)

[26] Pretensión consignada en el escrito de tutela visible a folios 1 a 8 del cuaderno de pruebas 1 en sede de revisión.

[27] Sentencia visible a folios 66 a 78 del cuaderno de pruebas 1 en sede de revisión.

[28] Folios 10 a 24 del cuaderno de pruebas 1 en sede de revisión.

[29] Folio 1 del cuaderno 3.

[30] El 18 de julio de 2012 el médico cirujano cardiovascular, Javier Darío Maldonado, certificó lo anterior.

[31] Escrito de tutela contra la Empresa de Licores de Cundinamarca visible a folio 1 del cuaderno 2.

[32] Esta segunda petición está consignada en la acción de tutela presentada contra Colpensiones visible a folio 3 del cuaderno 3.

[33] Respuesta a folio 331 a 338 del cuaderno 3.

[34] Esta información se encuentra respaldada por una certificación de la Subgerente de Talento Humano de la Empresa de Licores de Cundinamarca expedida el 19 de enero de 2005. Folios 328 y 329 del cuaderno 1.

[35] Folios 349 a 352 del cuaderno 3.

[36] Inicialmente, quien conoció de la acción de tutela contra la Empresa de Licores de Cundinamarca fue el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá- Sala Jurisdiccional Disciplinaria, quien el 24 de octubre de 2012 la inadmitió. El 31 del mismo mes, luego de haber sido subsanada por el accionante, la demanda fue admitida y fueron vinculadas las siguientes entidades: ISS en Liquidación, Colpensiones, Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, Procuraduría General de la Nación, y Fiduprevisora S.A. en calidad de agente liquidador del ISS. En respuesta del 7 de noviembre de 2012, Colpensiones señaló que el ISS en liquidación no había hecho remisión del expediente del señor Ponce de León Ávila, por lo que no podía resolver nada de fondo. Por su parte la Procuraduría para asuntos del trabajo reseñó todas las actuaciones que, desde el 15 de febrero de 2010 hasta el 23 de agosto de 2012, el peticionario había llevado a cabo para que dicha entidad efectuara seguimiento del trámite de cobro coactivo ante el ISS; asimismo afirmó que se oponía la prosperidad de la acción como quiera que carecía de legitimación en la causa por pasiva. El 15 de noviembre de 2012, el Consejo Seccional negó el amparo de los derechos (folios 283 a 292 del cuaderno 2). El 22 del mismo mes, el peticionario impugnó la decisión de primera instancia, la que por reparto le correspondió al Consejo Superior de la Judicatura-Sala

Disciplinaria quien, mediante providencia del 13 de diciembre de 2012, advirtió que en la misma Sala se encontraban las acciones de tutela presentadas por el mismo demandante contra Colpensiones y Cemex, por lo que decidió remitir la acción estudiada, contra la Empresa de Licores de Cundinamarca, al expediente seguido contra Colpensiones para que fuera estudiado conjuntamente, dado que la demanda contra Cemex ya se había decidido el 12 de diciembre de 2012. El 18 de enero de 2013, habiendo sido repartido a otro magistrado, el Consejo Superior de la Judicatura- Sala disciplinaria- resolvió acumular ambas acciones, la presentada contra la ELC y Colpensiones, en un solo proceso. El 30 del mismo mes la Sala Disciplinaria declaró la nulidad de lo actuado desde el 2 de noviembre que el Consejo Seccional de la Judicatura había avocado el trámite, puesto que sobre el asunto expuesto en sede de tutela ya existía un pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral-, motivo por el que debía remitirse a dicha Corporación para el trámite respectivo. El 2 de mayo de 2013, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, recibió el expediente con el fin de darle trámite a la acción de tutela. Sin embargo encontró que la Sala que lo debía tener a su cargo, por orden alfabético, debía ser la Penal. En tal sentido, el 16 de mayo de 2013, la Sala de Casación Penal asumió el conocimiento; no obstante, determinó que la competencia no era suya como quiera que lo que pretendió el peticionario no fue cuestionar la Sentencia de Casación que dio término al proceso laboral, sino demandar el pago de los aportes de las entidades demandadas. Por este motivo, ordenó que el expediente fuera remitido a los Juzgados Penales con Categoría del Circuito de Bogotá (folios 328 a 337 del cuaderno 2). El 4 de junio de 2013, el Juzgado 8 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento admitió la acción de tutela y el 18 de junio de 2013 resolvió negar el amparo de los derechos. Sin embargo, en sede de impugnación, el 22 de julio de 2013, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró la nulidad de lo actuado por el juez de primera instancia, como quiera que no se había vinculado ni al ISS en liquidación ni al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca.

[37] Folios 353 a 361 del cuaderno 3.

[38] Impugnación presentada el 20 de agosto de 2013.

[39] Aparece a Folios 362 a 368 del cuaderno 3.

[40] Folios 3 al 11 del cuaderno de segunda instancia en sede de tutela.

[41] “PRIMERO.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se notifique al ISS en Liquidación del auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el 31 de julio de 2013 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá-Cundinamarca-, adjuntando copia de ésta para que la entidad notificada se entienda vinculada a este proceso de tutela, y con el fin de que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la citada providencia, se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.// SEGUNDO.- ORDENAR que, por la Secretaría General de esta Corporación, se notifique a Cemex S.A. del auto admisorio de la tutela de la referencia proferido el 31 de julio de 2013 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá- Cundinamarca-, adjuntando copia de ésta para que la entidad notificada se entienda vinculada a este proceso de tutela, y con el fin de que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la citada providencia, se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.”

[42] “CUARTO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie al ISS en liquidación y a Colpensiones, para que en el término de 4 días hábiles a partir de la notificación de este auto, indique a este despacho (i) en qué momento el ISS efectuó el llamamiento a Cementos Samper S.A. para la afiliación del accionante a dicha entidad de conformidad con el lugar donde trabajaba y bajo que norma; y (ii) cuál es el estado actual del trámite de cobro coactivo contra Cemex S.A. y la Empresa de Licores de Cundinamarca.”

[43] “TERCERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie a Cemex S.A., para que en el término de 4 días hábiles a partir de la notificación de este auto, explique a este despacho, con todos los soportes pertinentes: (i) quién asumió las obligaciones pensionales y laborales que se encontraban en cabeza de Cementos Samper S.A.; (ii) si hubo sustitución patronal entre Cementos Samper S.A. y Cemex S.A. y cómo se surtió; y (iii) en qué momento el ISS efectuó el llamamiento a Cementos Samper S.A. para la afiliación del accionante a dicha entidad de conformidad con el lugar donde trabajaba y bajo qué norma.”

[44] “QUINTO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, para que en el término de 4 días hábiles a partir de la notificación de este auto, remita a este despacho copia del

proceso de tutela de Enrique Ponce de León contra Cemex Colombia S.A. identificado con el radicado interno 2012-5394 y cuya decisión de primera instancia está calendada el 29 de octubre de 2012.//

SEXTO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie al Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, para que en el término de 4 días hábiles a partir de la notificación de este auto, remita a este despacho copia de las principales piezas procesales del ordinario laboral promovido por Enrique Ponce de León contra Colpnesiones identificado con el radicado interno 918/07, tales como el escrito de la demanda, el auto admisorio, las audiencias posteriores, los recursos presentados y las sentencias de instancia, tanto de primera como de segunda.//

SÉPTIMO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie al Fondo de Pensiones Públicas de Cundinamarca, para que en el término de 4 días hábiles a partir de la notificación de este auto, remita a este despacho la respuesta a la presente acción de tutela, dado que no se halla en el expediente.”

[45] El texto completo enviado al accionante a través del auto del 20 de junio de 2013, es el siguiente: “OCTAVO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se inste al accionante para que en un término de 4 días hábiles a partir de la notificación de este auto, responda el siguiente cuestionario:

1. De qué actividad deriva su sustento económico y en qué consiste. (Aportar documentos o demás pruebas que acrediten su respuesta)
2. De cuántas personas se compone su núcleo familiar, a qué se dedican y de qué forma se proveen sus necesidades básicas. (Aportar registros que acrediten el vínculo civil)
3. Cuáles son sus fuentes de ingreso, y a cuánto equivalen. (Si tienen pensiones, rentas por inmuebles, ayudas de familiares cercanos, alimentos, donaciones etc.)
4. A cuánto ascienden sus gastos mensuales por concepto de manutención, vivienda, transporte, salud, etc. (Acompañar con los documentos respectivos)
5. Qué limitaciones le genera su enfermedad. (Aportar las historias clínicas)

6. Si usted o su núcleo familiar tienen en propiedad o poseen bienes inmuebles o automotores.
7. A qué estrato socio-económico pertenece el inmueble donde habita.
- 8.Cuál es el ingreso base de cotización actual al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
9. Por qué razón la acción de tutela fue presentada por la Defensoría del Pueblo y no directamente por usted.”

[46] Respuesta a una solicitud de información sobre la fecha de llamamiento para el municipio de La Calera- Cundinamarca por Claudia Susana Almonadic Bernal, Jefe de Departamento Comercial del ISS- seccional Cundinamarca y D.C. Folio 26 de la respuesta de Cemex S.A. en sede re revisión.

[47] Folios 1 al 22 de la respuesta del peticionario en sede de revisión.

[48] Constitución Política de Colombia de 1991. “ARTICULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”//

Decreto 2591 de 1991: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”// Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano

correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.// Artículo 46. Legitimación. El Defensor del Pueblo podrá sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión.// Artículo 47. Parte. Cuando el Defensor del Pueblo interponga la acción de tutela será, junto con el agraviado, parte en el proceso.// Artículo 48. Asesores y asistentes. El Defensor del Pueblo podrá designar libremente los asesores y asistentes necesarios para el ejercicio de esta función.//Artículo 49. Delegación en personeros. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente.// Artículo 50. Asistencia a los personeros. Los personeros municipales y distritales podrán requerir del Defensor del Pueblo la asistencia y orientación necesarias en los asuntos relativos a la protección judicial de los derechos fundamentales.”

[49] En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-526 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-016 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-692 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-905 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1084 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1009 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-792 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-825 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-243 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-594 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-189 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-299 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-265 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-691 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-883 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-328 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre muchas otras

[50] En la Sentencia SU- 961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, puede leerse la interpretación completa de la Corte al respecto.

[51] Sobre el tema, puede consultarse la sentencia C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, pertinentes en el tema de la caducidad de la acción de tutela.

[52] De conformidad con los Decretos 1882 y 656 de 1994.

[53] En Sentencia T- 646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), esta misma Sala de Revisión hizo una reiteración del tema.

[54] Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. “ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:// 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.

3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.

4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

[55] Ver, entre otras, las sentencias T-708 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), y SU-189 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[56] Ver, entre otras, las sentencias T-456 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-076 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-160 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-546 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-594 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-522 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1033 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-595 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Citadas por la Sentencia T- 494 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

[57] Salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, según el mismo artículo.

[58] “Artículo 27: Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerará como una misma empresa, la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro del negocio u ocupaciones con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun

cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueño”

[59] “Artículo 11: La sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores”

[60] “ARTICULO 53. La sola sustitución del patrono no interrumpe, modifica ni extingue los contratos de trabajo celebrados por el sustituido. Entiéndase por sustitución toda mutación del dominio sobre la empresa o negocio o de su régimen de administración, sea por muerte del primitivo dueño o por enajenación a cualquier título, o por transformación de la sociedad empresaria, o por contrato de administración delegada o por otras causas análogas. La sustitución puede ser total o parcial, teniéndose como parcial la que se refiere a una porción del negocio o empresa, susceptible de ser considerada y manejada como unidad económica independiente.”

[61] “La sola sustitución del patrón no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores”

[63] Se restauran las libertades de conciencia, de enseñanza y de reunión (arts. 13, 14 y 20 de la Constitución de 1886 reformada por el Acto legislativo No. 1 del 5 de agosto de 1936.

[64] Se reconocen el derecho a la huelga y el derecho a la asistencia pública (arts. 16 y 20 ibídem). Asimismo, el trabajo se define como una obligación de carácter social especialmente protegida por el Estado (art. 17 ibídem).

[65] Fue publicada el 19 de febrero de 1945 mediante Diario Oficial N° 25790.

[66] “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. La pensión de jubilación excluye el auxilio de

cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

[67] Artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. La misma disposición señala que determinadas obligaciones, incluyendo el reconocimiento de la pensión se extenderían hasta la creación de un seguro social para los trabajadores, el cual sustituiría al empleador en la asunción de las mismas y se encargaría de los riesgos por vejez, invalidez y muerte; la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales.

[68] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Proceso número 971, septiembre 9 de 1982. M.P. Ricardo Medina Moyano. Demanda contra el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 259, inciso 2°, Ley 90 de 1946, artículo 72, inciso 1°, artículo 76, incisos 1° y 2°, Decreto Ley número 1650 de 1977. Artículo 8°, inciso 2°, artículo 24. Artículo 43 literal e) y artículo 48, literal e). Actor: Mario Suárez Melo.

[69] GONZALEZ CHARRY, Guillermo, “Prestaciones Sociales del sector privado”, Bogotá. Temis, 1966, Pág. 7. Citado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Proceso número 971, septiembre 9 de 1982. M.P. Ricardo Medina Moyano.

[70] Las consignadas por el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. Particularmente, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, el auxilio por enfermedad no profesional, las indemnizaciones por enfermedades profesionales, el auxilio por gastos de entierro, el auxilio de cesantías, etc.

[71] Artículo 14 de la Ley 6ª de 1945.

[72] Sobre este punto, en la Sentencia C-506 de 2001 -reiterando lo expuesto en la Sentencia C-177 de 1998- se dijo que: “El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no 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 no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales

requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión”

[73] Inclusive para los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

[74] Para los efectos de esta sentencia no resulta relevante hacer referencia a la pluralidad de regímenes existentes o a la variedad de entidades que cubrían la contingencia de la vejez. Con todo, una aproximación a estas materias se puede realizar a través de la Sentencia C-506 de 2001, previamente mencionada.

[75] Ley 90 de 1946, artículo 27.

[76] Tal idea se hizo igualmente explícita con el Decreto 2663 de 1950, más tarde disposiciones que se asimilarían en el Código Sustantivo del Trabajo bajo los artículos 193 y 256. Artículo 193: “1. Todos los {empleadores} están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este Título, salvo las excepciones que en este mismo se consagran.// 2. Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.” Artículo 256: “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 dejarán 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.”

[77] “ARTÍCULO 21. El patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto. Este determinará si se aplica para los recaudos el sistema de estampillas y libretas o el de planillas, o cualquiera otro.// El patrono, al efectuar el pago del salario de cada asegurado, retendrá la parte de cotización que éste debe aportar en razón del período de trabajo cubierto por el salario y de la clase de riesgo de que se trate, y eventualmente, cualquier tasa, multa o reembolso exigibles del asegurado, de acuerdo con los reglamentos del Instituto.”

[78] De acuerdo con el concepto 11951 de 2010 emanado del Instituto de Seguros Sociales, mediante la Resolución 831 de 1966, se formuló el primer llamamiento a inscripción al sistema. En esta oportunidad, se ordenó que a partir del 1º de enero de 1967, debían ser afiliados al Seguro Social Obligatorio los trabajadores que ejercieran sus actividades en las jurisdicciones cubiertas por las Cajas Seccionales de los Seguros Sociales de Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle, y por las Oficinas Locales de los Seguros Sociales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta.

[79] Sobre la afiliación forzosa de ambos grupos de trabajadores al ISS en condiciones de igualdad, es decir, aquellos que llevaran más de 15 años y los otros que llevaran más de 10, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 5 de noviembre de 1976 respecto del juicio seguido por Guillermo Gaitán Jurado contra la Cervecería Andina S.A. señaló: “ El entendimiento anterior, que sitúa en un mismo pie de igualdad a los trabajadores con 10 o más años de servicios y a los de 15 o más, tiene sus raíces en el ya comentado inciso 2º del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que se refiere a las ‘condiciones del seguro de vejez’ para servidores con más de 10 años, en general, disponiendo que no podrán ser menos favorables que las establecidas sobre jubilación. A esta exigencia respondió el Reglamento en sus artículos 60 y 61, salvaguardando el derecho de esos dos grupos de trabajadores de no recibir, como pensión de vejez, una mesada inferior a la que les correspondería por pensión de jubilación.”

[80] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral – Sección Primera-. Radicación 6508, noviembre 8 de 1979. M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Ana Elisa Falla v.s. Industrias Philips de Colombia S.A.

[81] Esta hipótesis del reconocimiento de la pensión sanción en el marco del artículo 61 del Decreto 3041 de 1966 fue extendida, por vía jurisprudencial, para otras pensiones especiales de carácter restringido como la pensión por retiro voluntario contenida igualmente en la Ley 171 de 1961. En sentencia del 8 de noviembre de 1979, Rad. 6508, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo: “Nada dijeron esas normas acerca de la pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios, de que trata el mismo artículo 8ª referido, pero es forzoso entender que ese grupo de trabajadores (los que llevaban 10 años o más de servicios cuando el Seguro Social comenzó a asumir el riesgo de vejez) conservó el derecho a reclamarla de sus respectivos patronos si

se daban las condiciones de ley dentro de los siguientes 10 años, pues, de otro modo, quedarían totalmente desprotegidos, por cuanto la sustitución, según las voces de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del trabajo no surte efectos sino a partir del momento en que se encuentren cumplidos los aportes mínimos. Si el trabajador, verbi gratia, se retira a los 17 años de servicios, con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo apenas habrían transcurrido 7 años, tiempo insuficiente, salvo situaciones de excepción, para legalizar las cotizaciones requeridas; en tal caso, no podría exigir la pensión de vejez, ni la de jubilación plena por no haber servido durante 20 años, ni la pensión sanción por no haber sido despedido injustificadamente, y solo le quedaría la pensión especial a que se viene haciendo referencia. El criterio contrario reñiría con el postulado de favorabilidad que rige en el derecho del trabajo, recogido expresamente para el caso en el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, y vulneraría el espíritu del artículo 72 ibídem, en cuanto ordena que las pensiones existentes a cargo de los patronos se seguirán rigiendo por las disposiciones que las consagran hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada situación.”

[82] Sentencia del 6 de mayo de 1998 (Rad. 10557), M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia del 22 de septiembre de 1998 (Rad. 10805), M.P. Fernando Vásquez Botero.

[83] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral – Sección Primera-. Radicación 6508, noviembre 8 de 1979. M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Ana Elisa Falla v.s. Industrias Philips de Colombia S.A.

[84] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 25759, septiembre 25 de 2005. M.P. Luis Javier Osorio López.

[85] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 21611, febrero 25 de 2004. M.P. Carlos Isaac Nader. Radicación 7641, febrero 7 de 1996. M.P. Francisco Escobar Henríquez. Radicación 16805, febrero 6 de 2002. M.P. Germán Valdés Sánchez.

[86] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 25759, septiembre 25 de 2005. M.P. Luis Javier Osorio López. En el mismo sentido puede verse la sentencia del 13 de marzo de 2012, Radicación 38225. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, que reitera la ratio decidendi de la providencia de 2005 para resolver el caso en concreto. Resaltado fuera

del original.

[87] *Ibíd.*

[88] Frente a la pensión plena el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y respecto de las pensiones restringidas especiales puede verse el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

[89] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Para efectos del recuento jurisprudencial de la actual providencia, si bien la T-784 de 2010 analiza el caso de una persona que laboró para una petrolera, y éstas se encuentran sometidas a un régimen especial (Resolución 4250 de 1993), debe advertirse que solo en relación con el tema que se está planteando, es decir, con las diversas soluciones que ha explorado la Corte para aquellos trabajadores no contemplados en las hipótesis 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, se acepta que se tenga en cuenta esta sentencia.

[91] En este mismo sentido ver el fallo T-020 de 2012, en el que el accionante denuncia haber laborado para la Embajada del Reino de los Países Bajos entre julio 1º de 1982 y diciembre 31 de 1989, sin que la misma realizara las respectivas cotizaciones. La Sala negó el amparo bajo el siguiente razonamiento: “en efecto laboró para la Embajada del Reino de los Países Bajos entre julio 1º de 1982 y diciembre 31 de 1989, cuando el I.S.S. no había asumido el riesgo referido. Bajo tales supuestos, esa dependencia extranjera no estaba en la obligación de proveer un eventual título pensional, para habilitar el tiempo de servicios prestados por el accionante, máxime si se tiene en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e incluso de la Ley 50 de 1990, esa relación laboral ya había culminado.”

[92] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[93] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[94] Sin embargo, la providencia amparó los derechos del accionante en forma transitoria, pero con fundamento en el reconocimiento de la pensión sanción, prestación patronal establecida por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

[95] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[96] Dentro de la misma línea de solución al problema jurídico estudiado, además de las providencias ya citadas y explicadas, la Corte se ha pronunciado sobre el mismo tema en otras sentencias, como la T- 890 de 2011, T-205 de 2012 y T-492 de 2013.

[97] El artículo relativo a la equidad del CST, corresponde al artículo 20 del Decreto 2663 de 1950, su numeración inicial fue variada por la edición oficial del Código Sustantivo del Trabajo, ordenada por el artículo 46 del Decreto 3743 de 1950.

[98] La norma en cita dispone que: "(...) La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial". Esta Corporación, en la Sentencia SU-837 de 2002, admitió que la equidad tiene disímiles y múltiples ámbitos de aplicación dentro de la Constitución. Al respecto, de manera ilustrativa, expuso que: "(...) Varias disposiciones de la Carta Política se refieren expresamente a ella. El artículo 20 inciso 2 C.P. garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; el artículo 95 inciso 2 numeral 9 C.P. eleva a deber de la persona y del ciudadano el "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad"; el artículo 150 numeral 16 C.P. establece que el Estado podrá, "sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados"; el artículo 226 C.P. ordena al Estado promover "la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional"; el artículo 227 C.P. ordena al Estado promover "la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales (...)"; el artículo 267 inciso 3 C.P. establece que la "vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales"; y, finalmente, el artículo 363 C.P. determina que el "sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad". M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[99] El artículo 247 de la Constitución establece que: "La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. (...)". Subrayado y

sombreado no original.

[100] El artículo 116 del Texto Superior señala que: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

[101] El tema de la equidad que aquí se trata se realizó con fundamento en las consideraciones de la sentencia T-681 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), mediante la cual se analizó un tema similar al aquí tratado, con las variaciones de que se trataba de personas solicitando la indemnización sustitutiva que perteneciendo a la misma empresa pero laborando en distintos municipios en los cuales no hubo un llamamiento homogéneo de parte del ISS no tenían el mismo número de cotizaciones.

[102] Sentencia T-681 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[103] Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

[104] Sentencia T-681 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[105] Sentencia SU-837/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), reiterada en la sentencia T-893/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[106] En el caso que estudia esta Sala, el accionante tuvo como primera vinculación laboral, su contrato con Samper S.A. en 1967 cuando contaba con 23 años de edad. En general, en este tipo de casos, los tiempos que no son tenidos en cuenta para efectos de la pensión obedecen a periodos muy tempranos de la vida laboral de la persona, precisamente porque la afiliación al ISS ocurre en forma posterior.

[107] Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en la pluricitada sentencia de septiembre 25 de 2005 (Radicación 25759) señaló: “La cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el territorio colombiano fue gradual, pues si bien en un comienzo estuvo a cargo del empleador todo lo relacionado con la materia pensional, posteriormente con el

régimen de transición de las pensiones de jubilación, se fue subrogando el riesgo en la medida que el cubrimiento se extendía a los distintos lugares de prestación de servicios, ello con el objeto de que dicha carga prestacional fuera asumida conforme a la Ley y los reglamentos emitidos por el mismo Instituto, en los términos del artículo 259 del Código Sustantivo de Trabajo. De modo que, las prestaciones patronales continuaban a cargo de los empleadores obligados mientras los riesgos de invalidez, vejez y muerte fueran asumidos por el Seguro Social.”

[108] Sentencia T-492 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[109] Estas subreglas ya habían sido planteadas por la Corte en la sentencia T-492 de 2013, en un caso esencialmente muy similar al aquí estudiado.

[110] En efecto, la constitucionalidad de dicha norma fue examinada en la Sentencia C-1024 de 2004, estándose a lo resuelto en la providencia C-506 de 2001, que había estudiado el precepto original, similar a la actual[110], declarándolo exequible. En tal oportunidad, la Corte sostuvo que “solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores (...) 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 (...).” Asimismo, en dicho fallo este Tribunal consideró que: “(...) la nueva obligación para los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión en relación con los contratos vigentes o los que se suscribieran con posterioridad a la ley 100 de 1993 constituyó entonces un avance dentro del proceso de universalización de la seguridad social, objetivo con el que el legislador en desarrollo de la Constitución se encontraba necesariamente comprometido. El carácter oneroso de esta nueva obligación para los empleadores, invocada en la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[110], no era óbice para que la ley consagrara este nuevo derecho para los trabajadores con vínculo laboral vigente.” No obstante, se explicó que “lo que no podía hacer el legislador, sin embargo, era establecer obligaciones en relación con situaciones jurídicas consolidadas.”

[111] Ley 171 de 1961.

[112] Antecedentes legislativos. Compilación de la Reforma Laboral, Ministerio del trabajo Pág. 94.

[113] Artículo 53 de la Constitución Política.

[114] Sentencia T-832A de 2013.

[115] Para ver in extenso el desarrollo de estos principios puede consultarse la sentencia T-832A de 2013.

[116] Sentencia C-168 de abril 20 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[117] Sentencia T-832A de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[118] Sin embargo, en la misma providencia previamente citada, la Corte advirtió “(...) el criterio de inescindibilidad o conglobamento no es absoluto y [que] por ello admite diversas limitaciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad analizables en cada caso concreto.” Para explicar dicha afirmación, puntualizó: “30. Brevemente y solo a modo de ilustración es pertinente indicar que la Sala de Casación Laboral ha modulado el criterio de conglobamento o inescindibilidad en diversas ocasiones, entre ellas en (i) Sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011(M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) en la que estimó procedente tomar en consideración el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, para reconocer una pensión de invalidez a una persona que no reunía los presupuestos de acceso de esta última prestación. Lo anterior a pesar de que el asunto no envolvía un problema de conflicto entre disposiciones aplicables, sino la posibilidad de dar efectividad a la satisfacción del requisito de densidad de aportes de un sistema normativo más exigente (pensión de vejez), frente a otro diverso y menos arduo en la consolidación del presupuesto de cotización (pensión de invalidez) y; (ii) en Sentencia 29470 del 20 de abril de 2007 (M.P. Luis Javier Osorio) en la que el Tribunal de Casación estimó que en ausencia de disposición infraconstitucional que consagrara expresamente la obligación de actualizar el ingreso base de liquidación de la primera mesada de las pensiones de origen legal distintas a las consagradas en el sistema normativo de la Ley 100 de 1993, se apreciaba necesario aplicar la fórmula de indexación prevista en esta

última legislación. (En esa dirección el Tribunal señaló: “en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor”. En este punto es necesario precisar que la jurisprudencia en vigor de la Sala de Casación Laboral se opone a la indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí ordena dicho reconocimiento incluso en prestaciones consolidadas en vigor de la Constitución de 1886. Al respecto puede ser consultada la sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), entre muchas otras)// 31. Asimismo, el propio legislador ha matizado el principio de conglobamento o indivisibilidad en distintas ocasiones. A manera de ejemplo se puede referir (i) el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que consagra los requisitos de acceso a la pensión de vejez. En su párrafo 1 señala los periodos que podrán acumularse para el efecto, disponiendo la totalización de tiempos servidos y aportes efectuados en diversos regímenes; (ii) el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que establece que los beneficiarios de un afiliado que fallece habiendo cotizado el mínimo de semanas necesarias para el reconocimiento de una pensión de vejez, tienen derecho a una pensión de sobrevivientes y; (iii) el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que al regular los requisitos de acceso a la pensión de invalidez consagra que “Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años. (Énfasis no original)”.

[119] Para una mejor comprensión de esta figura, anuncia la pluricitada sentencia T-832A de 2013, “(...) es necesario recordar la habitual distinción entre disposición y norma jurídica empleada por esta Corporación. En esa dirección, la Corte ha precisado que una misma disposición jurídica puede contener diversas normas jurídicas o interpretaciones. La norma jurídica en realidad es el resultado de la disposición jurídica interpretada. Al respecto, es necesario tener en cuenta que las expresiones texto legal, disposición jurídica y enunciado normativo, son sinónimas; y que los términos norma jurídica, contenido normativo e interpretación, lo son igualmente entre sí. Para mayor ilustración conviene traer a cita un fragmento de la sentencia C-987 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas), en la que se precisó:

“Hay que acudir a la distinción, acogida por la doctrina y frecuentemente empleada por esta Corporación entre disposición y norma pues es claro que con frecuencia el control de constitucionalidad no recae sobre un texto legal (disposición o enunciado normativo) sino sobre su interpretación (norma o contenido normativo), por lo tanto, en principio no siempre que la demanda de constitucionalidad verse sobre la interpretación de una disposición resultaría infundada, sin embargo, la interpretación que se acusa debe ser plausible y además debe desprenderse del enunciado normativo acusado. La falta de estas características se traduce en la ausencia del requisito de certeza en la formulación de los cargo”.

[120] *Ibídem.* Igualmente, se precisó en esta oportunidad: “La Sala de Casación Laboral ha circunscrito esta posibilidad a la duda que surge al interpretar una misma disposición jurídica. Sin embargo, en criterio de la Sala la posibilidad de incertidumbre en el marco interpretativo también se presenta ante la presencia de una pluralidad de disposiciones jurídicas, pues no en pocos casos el intérprete se ve forzado a derivar una norma jurídica a partir de distintos textos legales”.

[121] *Ibídem.* Frente a una explicación más detallada, la Sentencia C-168 de 1995, señaló lo siguiente: “El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del “in dubio pro operario”, según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador”. (Negrita original)

[122] *Ibídem.* Fragmento citado de la Sentencia T-1268 de 2005.

[123] El siguiente es el texto del artículo 53 de la Constitución Política: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los

trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.||El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.||Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.|| La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

[124] Sentencia T-832A de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[125] Sentencia T-1268 de 2005.

[126] De conformidad con la sentencia C-177 de 1998, “(...) antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.// Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas.

Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (...) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.”

[127] “Artículo 7: A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.” (negritas no originales)

[128] Al respecto la sentencia T-090 de 2009 señala: “En cuanto a la situación concreta de las personas que habían sido servidores públicos, pero que también habían trabajado con empleadores privados, como es el caso del peticionario, esta Corporación destacó, en la sentencia C-012 de 1994, que sólo con la entrada en vigencia de la ley 71 de 1988 éstos pudieron acumular aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado con las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con particulares: //“Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para “los empleados oficiales y trabajadores” el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado [...]”

[130] “ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. 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, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.(...)”

[131] Sentencia T-090 de 2009.

[132] Ibídem. El último párrafo se cita de la Sentencia T-284 de 2007.

[133] De conformidad con el certificado de existencia y representación de Cemex S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 1 de julio de 2014, esta sociedad tiene como objeto principal, entre otras, “(...) la producción, distribución, venta y transporte de toda clase de cemento,” así como “(...) la exploración y explotación de minas de arena, piedra, carbón, yeso, calcáreas, calizas y cualquier otro mineral útil en la industria de producción y transformación del cemento.” Folio 31 de la respuesta de Cemex a la acción de tutela en Revisión en el oficio contentivo de 238 folios. Por su parte, ha sido de amplio conocimiento por la industria del cemento en Colombia y por la opinión pública, que Industrias e Inversiones Samper S.A., que fue el nombre que se le dio en 1977 a la “Fábrica de Cemento Samper S.A.”, según el certificado de existencia y representación de la compañía expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 15 de febrero de 2006, fue una de las primeras cementeras del país, cuyo negocio industrial estuvo principalmente dirigido a la producción de cemento. En las siguientes publicaciones, consultadas el 1 de julio de 2014, puede leerse sobre lo anterior: [www.dinero.com/imprimir/24788](http://www.dinero.com/imprimir/24788), <http://www.semana.com/economia/articulo/crisis-en-samper/5622-3>. Asimismo, en el trabajo de tesis, “LA INDUSTRIA DEL CEMENTO EN COLOMBIA DETERMINANTES Y COMPORTAMIENTO DE LA DEMANDA (1996-2005)” cuyo Director fue el Vicepresidente Regional de Planeación y Desarrollo de Mercados de CEMEX SA&C y su Codirector el Analista Económico de CEMEX Colombia S.A., se sostiene que “(...) En 1905, Industrias e Inversiones Samper inauguró la primera planta cementera en nuestro país e inicio operaciones en 1909, la cual estaba ubicada en las cercanías de la capital de la republica. En los 30 años siguientes incursionaron al mercado Cementos Diamante (Cundinamarca) y Cementos Argos (Antioquia). Posteriormente en los años 40 se fundaron fábricas en Valle del Cauca (Cementos del Valle), Santander (Cementos Diamante), Magdalena (Cementos Nare), y Costa Atlántica (Cementos Caribe). Posteriormente surgen Cementos el Cairo y

Hércules (1955), Cementos Río Claro (1986), Cementos Andino (1998), Concrecem (2003), y la nueva planta Cementos Tequendama (2008). En la actualidad, existen tres claros jugadores en la industria, estos son tres grupos económicos de talla mundial, que han venido incursionando en el mercado por medio de la adquisición de las plantas anteriormente mencionadas. Estos son, CEMEX (el cual adquirió Cementos Diamante y Samper) (...)" (Negritas no originales). Consultado el 1 de julio de 2014 en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/economia/tesis16.pdf>.

[134] El artículo 151 de la Ley 100 de 1993 señala que el Sistema General de Pensiones comenzaría a regir a partir del 1 de abril de 1994.

[135] "Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. 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, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

[136] En este caso es posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990, en tanto el actor es beneficiario del régimen de transición conforme a lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años, y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 había cotizado más de 750 semanas. De igual manera, es importante resaltar que no es aplicable a su caso la hipótesis de haber cotizado más de 500 semanas dentro de los últimos 20 años al cumplimiento de la edad mínima de jubilación, consagrada en el mencionado acuerdo, pues no cotizó más de 400 dentro de dicho lapso, teniéndose que aplicar el segundo supuesto para examinarse la posibilidad de acceder a la prestación.

[137] En el presente caso, a pesar que el actor es beneficiario del régimen de transición, el ingreso base de liquidación se debe efectuar con base en los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, según se estipula en el artículo 36 de la misma.

[138] "Artículo 21. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o

en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. // Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

[139] Concretamente la disposición en mención señala que “(...) los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante (...).”

[140] Como se explicó en el análisis del caso concreto para el problema relacionado con el asunto del debido proceso, en la presente oportunidad la normatividad aplicable es el Acuerdo 049 de 1991, que en su artículo 12 exige para el reconocimiento de la pensión de vejez 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, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

[141] Artículo 48 de la Constitución Política: “Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

[142] Sobre el particular cabe mencionar lo dicho en la sentencia T 923 de 20008 y T-106 de 2006, que a su vez reiteraron lo sostenido en las sentencias T-363 de 1998, CC-177 de 1998 y T-1106 de 2003. Se dijo en dicha ocasión: “El derecho a la seguridad social. El beneficiario de una pensión no debe sufrir las consecuencias de la negligencia de su empleador en el pago de aportes ni la irresponsabilidad de la administración en el cobro de los mismos.(..) De esta manera, cuando el empleador incurre en mora en el pago de los aportes a la entidad de seguridad social, corresponde a esta última proceder al cobro de las cotizaciones pendientes, incluso de manera coactiva si ello fuere necesario...(...).’Es pues

necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, en esta primera hipótesis, la Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el patrono cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros.(...)“Vistas así las cosas, y teniendo en cuenta que (...) el Seguro, no obstante la mora del patrono en materia de aportes por concepto de pensión, no tomó las medidas que la ley le brinda para conminarlo a cumplir con sus obligaciones y sin desconocer la reprochable actitud de la empresa demandada, no ve la Sala por qué deba la demandante correr con las consecuencias de las omisiones tanto del antiguo empleador como del Seguro Social.(...)”

[143] De conformidad con las sentencias Sentencia T-577 de 1999 y T-1130 de 2004, si bien todos los organismos involucrados en la expedición de los títulos/bonos/cuotas pensionales cumplen un papel trascendental en la operación administrativa, la Corte advierte que, son especialmente las entidades administradoras (eje. Colpensiones) quienes tienen un mayor compromiso, en tanto constituyen los entes articuladores entre todas las posibles instituciones emisoras del título y la persona afiliada a aquella entidad. En otras palabras, la comunicación del afiliado llega hasta su fondo de pensiones o administradora, quien es la responsable de reconocer una eventual pensión y a su vez, de solicitar a las entidades emisoras pertinentes los traslados de capital a que el asegurado tenga derecho. En ese sentido, la administradora tiene una responsabilidad enorme frente al ciudadano, puesto que para efectos de gestionar los respectivos títulos, se encuentra obrando, de alguna forma, en su nombre. Así, la diligencia de la administradora, será la diligencia del afiliado, pero también la negligencia de aquella será la de éste, situación que a juicio de la Corte “(...) resulta inaceptable (...) [pues se trata de] la dilación de los trámites administrativos de un asunto que lleva implícitos derechos fundamentales como el de la vida, seguridad social y el derecho al pago oportuno de las pensiones.” Con todo, debe recordarse que las demás entidades no pueden relevarse de su responsabilidad, especialmente en la emisión, y en tal sentido, debe promoverse una actuación conjunta, y [la tramitación] debe ser pronta y las Entidades (Administradora, Emisora, Contribuyente) deben conjuntamente actuar, dentro de

los principios de eficacia y celeridad". Por tales motivos, estas cargas administrativas no se le deben imponer al ciudadano al momento de efectuar los traslados de capital.

[144] "El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley."

[145] Ver Arango, Rodolfo. Solidaridad, democracia y derechos. EN Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes. 2013. Disponible en <http://res.uniandes.edu.co/view.php/849/index.php?id=849>

[146] En el mismo sentido ver las aclaraciones de voto a las sentencias T-492 y T-937 de 2013.

[147] Código Civil (Ley 57 de 1887), art. 63: "La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

[148] Corte Constitucional, sentencia T-770 de 2013.

[149] Constitución Política, art. 1º.

[150] El artículo 95 Superior consagra como uno de los deberes de todo colombiano “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

[151] Sentencia T-770 de 2013.

[152] Ver Arango, Rodolfo. Solidaridad, democracia y derechos. EN Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes. 2013. Disponible en <http://res.uniandes.edu.co/view.php/849/index.php?id=849>