

T-469-15

Sentencia T-469/15

SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES CON ANTERIORIDAD Y POSTERIORIDAD DE LA LEY 100/93

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES A LA LUZ DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Contenido/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Reseña histórica

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

PENSION DE VEJEZ-Aprovisionamientos de capital para riesgos de vejez antes de Ley 100/93/ACCION DE TUTELA CONTRA BANCOLOMBIA-Caso en que no tuvo en cuenta el mandato de la Ley 6/45

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Orden a Bancolombia transferir a Colpensiones el valor actualizado -cálculo actuarial- de acuerdo con salario que devengaba la demandante para época de aportes dejados de cancelar

La Sala revocará la decisión proferida el 13 de febrero de 2015 por la Sala Civil Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, que confirmó el fallo del 29 de diciembre de 2014, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia. En su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales de la accionante al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, se ordenará a El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de este fallo, transfiera a COLPENSIONES el valor actualizado - cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la actora para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar durante su relación laboral (22 de diciembre de 1971 a 8 de marzo de 1990), para que así, le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Empleador es responsable del pago de aportes a pensión/EMPLEADOR FRENTE A RETENCION DE PAGO DE APORTES A PENSION-Caso en que Bancolombia alega que el ISS no tenía cobertura en Melgar -Tolima para hacer aportes de empleada

Una vez el empleador haya retenido, de la asignación salarial, los valores que le corresponde adoptar al empleado, surge para aquel la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la vida en condiciones dignas o a la salud, o a una prestación económica de tanta importancia como lo es la pensión de vejez. No obstante, aun cuando el empleador no haya aportado las cotizaciones del empleado al fondo de pensiones -bien porque no las descontó o porque las descontó y no las aportó al fondo de pensiones-, será el obligado directo a responder por el pago de las cotizaciones causadas durante todo el tiempo que duró la relación laboral. En efecto, El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, debe transferir al Instituto del Seguro Social, hoy COLPENSIONES, el valor actualizado - cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la actora para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, al actor le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión. En cuanto a lo esgrimido por el ad quem, en el sentido de que la accionante no tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, por cuanto “no existía cobertura del ISS en el municipio de Melgar donde prestaba sus labores”, la Sala encuentra que dicho argumento no es de recibo, pues por regla general, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación correspondía al empleador, razón por la que la Ley 6 de 1945, que reguló las relaciones entre los empleadores y trabajadores, impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos para el pago de dicha pensión a los empleados que cumplieran ciertos requisitos en ella indicados

Referencia: expediente T- 4896248

Acción de Tutela instaurada por Ruth Emperatriz Nieto Lozano contra COLPENSIONES y Bancolombia.

Temas: i) negación de pensión de vejez por no haberse tenido en cuenta el tiempo real laborado; y ii) las obligaciones en cabeza de los empleadores respecto al aseguramiento de los riesgos de vejez con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Problemas jurídicos: i) ¿vulneraron COLPENSIONES y Bancolombia algún derecho fundamental de la accionante, al negarle su pensión de vejez por no haberle tenido en cuenta el tiempo laborado en un periodo específico, pese a la existencia de certificado laboral que acredita el vínculo laboral en dicho periodo?; y ii) ¿tenía Bancolombia como antiguo empleador de la actora, la obligación de hacer aportaciones de capital para el aseguramiento de los riesgos de vejez por los servicios prestados antes de la Ley 100 de 1993?

Derechos fundamentales invocados: petición, mínimo vital, seguridad social, igualdad y debido proceso.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil quince (2015)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el 13 de febrero de 2015 por la Sala Civil Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, que confirmó la sentencia del 29 de diciembre de 2014, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima, que negó el amparo de los derechos fundamentales de petición, igualdad, debido proceso, seguridad social, mínimo vital y la protección especial de las personas de la tercera edad de la accionante.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

1.1 SOLICITUD

1.1.1 Hechos y argumentos de derecho

1.1.1.1. Manifiesta la accionante que trabajó para el Banco Colombia, hoy Bancolombia, durante el periodo comprendido entre el 22 de diciembre de 1971 y el 8 de marzo de 1990; es decir que trabajó en forma ininterrumpida durante 18 años y 4 meses, para un total de 6.600 días laborados, tal como lo certifica la entidad accionada en una constancia laboral del 11 de marzo de 2014.

1.1.1.2. Relata que en el 2012 inició proceso laboral en contra de Bancolombia, para que se ordenara el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero en fallo de primera instancia del 24 de agosto de 2012, el Juzgado Laboral Adjunto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar le reconoció el tiempo laborado para la entidad financiera desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 8 de marzo de 1990, denegándole las demás pretensiones. Por su parte, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, quien fungió como juez de segunda instancia, confirmó el fallo recurrido, argumentando que “la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano prestó sus servicios al Banco de Colombia desde el 22 de diciembre de 1971 al 28 de febrero de 1990, en tanto estuvo afiliada al ISS desde el 1 de enero de 1981 al 28 de febrero de 1990, de donde brota que desde el 22 de diciembre de 1971 al 1 de enero de 1981 no hubo más de 10 años de prestación de servicios, de modo que la entidad accionada no era la obligada a responder por la prestación deprecada, pues desde ésta última calenda ya había subrogado su obligación en el ISS”.

1.1.1.3. Indica que en virtud de lo anterior, el 9 de diciembre de 2013 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero dicha entidad, mediante resolución GNR 53405 del 22 de febrero de 2014, le negó su derecho pensional porque sólo tenía acreditada 478 semanas de cotización desde el 1º de enero de 1981

hasta el 28 de febrero de 1990. Por tanto, “no se tuvo en cuenta el tiempo laborado para Bancolombia desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1980, pese a que con anterioridad había solicitado la corrección de la historia laboral, lo que indica que COLPENSIONES no la corrigió”.

1.1.1.4. Narra que interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución GNR 53405 del 22 de febrero de 2014. El primero de ellos fue resuelto a través de la resolución GNR 218450 del 13 de junio de 2014, en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia. Por su parte, el recurso de apelación fue decidido mediante resolución VPB 19909 del 6 de noviembre de 2014, en el sentido de negarle a la accionante su derecho a la pensión, argumentando que “no aportó pruebas suficientes para demostrar la vinculación laboral con Bancolombia por el periodo reclamado”, hecho que considera falso, pues alega haber aportado certificación laboral actualizada emitida por la entidad bancaria, en la que consta que laboró al servicio de ella desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 8 de marzo de 1990.

1.1.1.5. Asegura que, tal como lo reconoció COLPENSIONES en la resolución VPB 19909, es beneficiaria del régimen de transición, en la actualidad carece de recursos económicos para una digna subsistencia, pues no cuenta con ningún ingreso fijo, a sus 63 años le es imposible conseguir trabajo y padece de varias enfermedades como diabetes, hipertensión, artrosis y transtorno en la glándula tiroides.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima, mediante auto del 12 de diciembre de 2014, corrió traslado de la misma a COLPENSIONES y a Bancolombia para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

1.2.2. Dentro del término concedido, Bancolombia[1] manifestó que en este caso operó el fenómeno de la cosa juzgada, en razón del proceso judicial cursado con anterioridad, en desarrollo del cual se absolvió a la entidad de las pretensiones de la demanda.

Al respecto, agregó que aceptar lo pregonado por la accionante se traduciría en ir en contravía de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada de las decisiones judiciales proferidas.

1.2.3. También manifestó que la falta de cobertura territorial del ISS en el municipio de Melgar para algunos periodos en que se desarrolló la relación laboral de la actora, demuestra que ninguna obligación tiene la entidad respecto del pago de aportes al ISS, hoy COLPENSIONES, pues tal como se esgrimió en las decisiones de instancia del proceso laboral, “para la época del 22 de diciembre de 1971 al 31 de diciembre de 1980 no existía cobertura del ISS en el municipio de Melgar, es decir, la no afiliación no obedeció a negligencia u omisión injustificada de la demandada, sino al hecho de que en el periodo indicado no existía obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al ISS”.

1.2.4. Como fundamento de lo anterior, la entidad financiera citó in extenso jurisprudencia sobre el tema, alegando también improcedencia de la presente acción por existir otros mecanismos de defensa judicial, ausencia de inmediatez e improcedencia de la acción de tutela por inexistencia de perjuicio irremediable.

1.3. DECISIONES DE INSTANCIA

1.3.1. Sentencia de primera instancia

1.3.1.1. Mediante fallo del 29 de diciembre de 2014, el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima, negó el amparo solicitado, argumentando que lo pretendido por la accionante es que COLPENSIONES dé una respuesta positiva a su petición de reconocimiento de pensión de vejez, sin cumplir con los requisitos para acceder a la misma, lo cual es a todas luces desacertado, pues ello conllevaría al desconocimiento de todo tipo de mandato constitucional y legal.

1.3.1.2. En cuanto al derecho al debido proceso y a la defensa, manifestó el juzgado que no han sido vulnerados por la entidad accionada, pues la tutelante ha contado con la posibilidad de interponer los recursos de ley (reposición y en subsidio de apelación), en contra de las decisiones administrativas que le negaron su pensión de vejez, agotando con ello la vía gubernativa, y posteriormente, la vía jurisdiccional.

1.3.1.3. Concluye el juez de primera instancia manifestando que “la existencia de cosa juzgada, la improcedencia del pago de aportes a cargo de Bancolombia, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, los fallos proferidos en el marco del proceso laboral que niegan la pensión de vejez de la accionante, y las decisiones administrativas de

COLPENSIONES, demuestran que la tutelante tuvo los mecanismos legales y procedimentales a su mano para iniciar los trámites de reconocimiento de su pensión, sin que fuera posible acceder a ella por no cumplir con los requisitos de ley, por lo que sus garantías no han sido amenazadas por la entidad accionada, pues no se le ha ocasionado ningún tipo de daño o perjuicio”.

1.3.2. Impugnación

1.3.2.1. Dentro de la oportunidad legal prevista, la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano impugnó la sentencia de primera instancia, insistiendo en que COLPENSIONES vulneró su derecho al debido proceso al no reconocer su historia laboral para efectos del trámite de su pensión de vejez, máxime cuando aportó las pruebas de su vinculación laboral con Bancolombia en el periodo comprendido entre el 22 de diciembre de 1971 y el 31 de diciembre de 1980.

1.3.3. Sentencia de segunda instancia

1.3.3.1. Mediante sentencia del 13 de febrero de 2015, la Sala Civil-Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, confirmó el fallo impugnado, argumentando que, revisado el procedimiento administrativo llevado a cabo por COLPENSIONES, se evidencia que durante dicho trámite se dio respuesta a la solicitud de la petente, así como a los cuestionamientos propuestos a través de cada uno de los recursos por ella interpuestos.

Respecto al material probatorio allegado por la accionante, manifiesta el juez de segunda instancia que todas las pruebas fueron objeto de decisión a través de los distintos actos administrativos que resolvieron negar el derecho pensional a la accionante, por lo que dichos actos no pueden ser tildados de arbitrarios o caprichosos, pues “a pesar de encontrarse acreditado que la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano laboró para Bancolombia desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 8 de marzo de 1990, no existe evidencia de su afiliación desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1980, por lo que no fue posible incluir dichos periodos en su historia laboral, razón por la cual no accedió a lo pretendido”.

1.3.3.2. Por último, esgrime el ad quem que lo pretendido por la accionante ya fue

objeto de debate en la jurisdicción ordinaria laboral, en la que se concluyó que “la demandante estuvo 9 años y 11 días sin afiliación al ISS por parte de Bancolombia en razón a que para la época del 22 de diciembre de 1971 al 31 de diciembre de 1980, no existía cobertura del ISS en el municipio de Melgar donde esta prestaba sus labores”, sin que se encuentre allí omisión alguna de la entidad bancaria.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas relevantes:

1.4.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano.

1.4.2. Copia del registro civil de nacimiento de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano.

1.4.3. Certificado expedido por Bancolombia en abril de 2014, en el que se manifiesta que la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano laboró a su servicio desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 8 de marzo de 1990 y que estuvo afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES.

1.4.4. Copia del contrato de trabajo suscrito entre la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano y Bancolombia.

1.4.5. Copia de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral Adjunto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar, en el marco del proceso ordinario laboral de primera instancia iniciado por la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano contra Bancolombia.

1.4.6. Copia del formulario de solicitud de correcciones de historia laboral emitido por COLPENSIONES a favor de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano.

1.4.7. Copia de la resolución GNR 53405 del 22 de febrero de 2014, proferida por COLPENSIONES, por la cual negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano.

1.4.8. Copia de la resolución GNR 218450 del 13 de junio de 2014, proferida por COLPENSIONES, por la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano en contra de la resolución 53405 del 22 de febrero de 2014.

1.4.9. Copia de la resolución VPB 19909 del 6 de noviembre de 2014, proferida por COLPENSIONES, por la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano en contra de la resolución 53405 del 22 de febrero de 2014.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

2.2.1. Corresponde a esta Sala establecer si ¿COLPENSIONES y Bancolombia vulneraron los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano, al negarle su pensión de vejez por no haberle tenido en cuenta el tiempo laborado para Bancolombia desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1980, pese a que aportó certificación laboral actualizada expedida por Bancolombia, en la que acredita haber sido empleada de dicha entidad financiera para dicho periodo?

2.2.2. También deberá la Sala determinar si ¿Bancolombia como antiguo empleador de la accionante, tenía la obligación de hacer aprovisionamientos de capital para el aseguramiento de los riesgos de vejez por los servicios prestados por sus trabajadores antes de la Ley 100 de 1993?

2.2.3. Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: i) la seguridad social en pensiones con anterioridad y posterioridad de la Ley 100 de 1993; ii) el derecho a la seguridad social en pensiones a la luz de los instrumentos internacionales; iii) el contenido del derecho a la seguridad social en pensiones; iv) breve reseña histórica del desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones; y v) la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de un derecho pensional. Posteriormente se pasará a resolver el caso concreto.

2.3. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

2.3.1. Reconocimiento internacional

2.3.1.1. La aparición del sistema de Seguridad Social en Colombia se remonta a los años 1945 y 1946, cuando se crearon la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL), el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS) y las cajas de previsión departamentales y municipales; sin embargo, fue hasta 1991 cuando se establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable y universal, y hasta 1993 cuando con la expedición de la Ley 100 se creó el sistema general de pensiones, con el fin de corregir las distorsiones que existían en el sistema.

2.3.1.2. No obstante lo anterior, desde antes de la adopción de la Constitución de 1991, el Estado colombiano había reconocido el derecho a la seguridad social en pensiones como un derecho humano, y se había obligado, a través de la ratificación de algunos instrumentos internacionales, a implementar medidas para asegurar que las personas recibieran protección frente a las contingencias que le afectaran. Adicional a ello, se obligó a desarrollar la legislación interna con el fin de que se promovieran las condiciones mínimas de previsión social.

2.3.1.3. Algunos de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la seguridad social y que crean obligaciones sobre la materia al Estado colombiano, son:

2.3.1.3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual fue acogida por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual hace parte Colombia. Este instrumento internacional, texto fundante del sistema internacional de protección de los derechos humanos, en su artículo 22 estableció que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

2.3.1.3.2. Por otra parte, en 1952, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó los Convenios No. 102 y 128 sobre la Seguridad Social, en los que se establecen las normas mínimas que deben estar presentes en las legislaciones internas, con el propósito de dar aplicación al artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos convenios sirven de base para todos los estados respecto de la adopción de las normas de

la seguridad social, en las que debe preverse protección frente a las contingencias de vejez, invalidez y sobrevivencia.

2.3.1.3.3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 9 manifiesta que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

2.3.1.3.4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981, en su artículo 5 consagra que: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (...)”.

2.3.1.3.5. Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por Colombia mediante la Ley 146 de 1994, en su artículo 61, numeral 3, establece que: “Con sujeción a los acuerdos bilaterales o multilaterales que se les apliquen, los Estados Partes procurarán conseguir que los trabajadores vinculados a un proyecto estén debidamente protegidos por los sistemas de seguridad social de sus Estados de origen o de residencia habitual durante el tiempo que estén vinculados al proyecto. Los Estados Partes interesados tomarán medidas apropiadas a fin de evitar toda denegación de derechos o duplicación de pagos a este respecto”.

2.3.1.3.6. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- “Protocolo de San Salvador”-, aprobado por Colombia mediante la Ley 1319 de 1996, en su artículo 9 manifiesta que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias

de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

2.3.1.4. De la lectura de las normas transcritas, se deduce que Colombia de antaño ha reconocido y protegido, en virtud de los compromisos adquiridos en los tratados internacionales, el derecho a la seguridad social y, en particular, el derecho a la pensión de vejez como parte de éste. Por tanto, los principios y garantías contenidos en esos instrumentos son aplicables a las pensiones reconocidas antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto el mandato comprendido en ellos fue reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano desde antes de la existencia de aquella ley.

2.3.2. Contenido

2.3.2.1. En cuanto al contenido del derecho a la seguridad social en pensiones, es de recibo traer a colación la Sentencia C-258 de 2013[2], en la que esta Corporación hizo un análisis cuidadoso de la composición y alcance de esta garantía constitucional. En dicho fallo se expresó que:

“El artículo 48 Superior dispone que la seguridad social (i) es un servicio público de carácter obligatorio que se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y (ii) es a su vez un derecho constitucional fundamental, a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se infiere del siguiente texto “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social” en concordancia con varios instrumentos del bloque de constitucionalidad.

Del texto constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se desprende que el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad

laboral, entre otras contingencias.

Para poder brindar efectivamente protección frente a las contingencias señaladas, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de un sistema que cuente con reglas, como mínimo, sobre (i) instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) procedimientos bajo los cuales el sistema debe discurrir, y (iii) provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Además, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Según el principio de universalidad, el Estado -como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social -con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

Por su parte, el principio de eficiencia requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social, sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas.

Finalmente, la solidaridad, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de

conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor”.

2.3.2.2. Por otra parte, cabe resaltar que el derecho a la pensión de vejez debe ser reconocido a todas las personas que acrediten los requisitos establecidos en la ley aplicable al caso concreto, y no puede ser protegido exclusivamente a determinadas personas, porque un trato diferenciado de esta naturaleza, en virtud del carácter universal del derecho, carecería de justificación constitucional, y se tornaría por tanto en un trato discriminatorio.

2.3.3. Breve reseña histórica del desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones

2.3.3.1. La historia de la seguridad social en Colombia ha sido estudiada en diferentes ocasiones por esta Corporación[3]. Al respecto se puede advertir que la Constitución Política de 1886 no contenía una norma directamente orientada a garantizar plenamente la seguridad social, y en su artículo 19 solamente se pregonaba por “una asistencia pública, encaminada a la protección de las personas incapacitadas para trabajar”; por lo que se puede decir que el sistema de seguridad social adquiere sustento constitucional con la promulgación de la Constitución de 1991, pues es a partir de ella cuando se reconoce la seguridad social como un servicio público y un derecho de carácter obligatorio, irrenunciable y universal. Asimismo, con la Carta de 1991 se abre el camino para que la jurisprudencia constitucional continúe desarrollando dicho derecho.

2.3.3.2. A continuación se hará un breve recuento de lo manifestado por esta Corporación en la sentencia T-784 de 2010, posteriormente reiterada por las sentencias T-125 de 2012 y T-754 de 2012[4], entre otras, respecto a la historia de la seguridad social en Colombia, en particular sobre la obligación de los empleadores de hacer provisionamientos para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores y sobre la obligación de afiliación a las diferentes entidades a cargo del reconocimiento de las pensiones.

2.3.3.2.1. Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 no existía un riguroso y adecuado desarrollo normativo en la materia[5], lo que se evidencia en la coexistencia de diferentes regímenes pensionales que eran administrados por diversas entidades, y en el hecho de que a ciertos empleadores les correspondía asumir

directamente el pago de las pensiones[6].

2.3.3.2.2. Así las cosas, se tiene que en sus inicios, por regla general, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación, correspondían al empleador[7], motivo por el cual, con el fin de reglamentar las relaciones de los empleadores con los trabajadores, se expidió la Ley 6º de 1945, considerada como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo. El artículo 14 de dicha ley estableció en materia de pensiones de los trabajadores del sector privado:

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

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

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” (negrita fuera del texto).

2.2.3.2.3. A su turno, el artículo 17 dispuso que los trabajadores nacionales de carácter permanente gozarían de varias prestaciones, entre las que se destaca la siguiente:

“b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o

discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales 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.”

2.2.3.2.4. Sin embargo, el artículo 12 de la citada ley precisó que la obligación de reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación se mantendría en cabeza de los patronos hasta la organización del seguro social obligatorio, el cual reemplazaría al “patrono” en la asunción de la prestación pensional y arrogaría los riesgos de vejez, invalidez, muerte, enfermedad general, maternidad y riesgos profesionales de todos los trabajadores.

2.2.3.2.5. En el artículo 18 de la ley en mención se consagró además que el Gobierno Nacional procedería a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, posteriormente llamada CAJANAL[8], a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados oficiales[9].

2.2.3.2.6. El artículo 23 de dicha ley[10] instituyó en cabeza de los departamentos, intendencias y municipios que no tuvieran organizadas instituciones de previsión social, la obligación de crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicha ley, por lo que en Colombia aparecieron centenares de cajas de previsión social del sector público a nivel territorial.

2.2.3.2.7. Finalmente, el artículo 29 permitía la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público, sin importar su orden, con el fin de acceder a una pensión de jubilación[11].

2.2.3.2.8. Posteriormente, con la expedición de la Ley 90 de 1946, se instituyó 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[12], y se creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[13]. Para efectos de esta ley, el artículo 3 precisó que estarían asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación,

los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades explotaran directa o indirectamente o de las cuales fueran accionistas o copartícipes. El artículo 5 indicó que también estarían sujetos al régimen de seguro obligatorio “los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedan de mil ochocientos pesos (\$ 1.800) por año”[14].

2.2.3.2.9. En el artículo 72 de esta ley se consagró además un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, al establecerse una implementación gradual y progresiva del sistema de seguro social, pues se indicó:

“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores” (negrilla y subraya fuera del texto).

2.2.3.2.10. También se debe recordar que la Ley 90 de 1946 reemplazó, para los cubiertos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la pensión de jubilación por la de vejez, y señaló en su artículo 76 que para que el Instituto pudiera asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con antelación a la expedición de esa ley, era necesario que el “patrono” aportara “las cuotas proporcionales correspondientes”[15]. Este artículo también reiteró que las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior estaban obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirían afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hubieran venido laborando para ellos, hasta que el Instituto conviniera en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales[16].

2.2.3.2.11. Por último, el artículo 82 autorizó la continuidad de las instituciones de previsión social existentes en caso de que reconocieran prestaciones mayores o por lo menos iguales a las determinadas en la Ley 90 de 1946[17].

2.2.3.2.12. Así las cosas, se tiene que la Ley 90 de 1946, además de crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, introdujo una obligación en cabeza de los empleadores para con sus trabajadores, consistente en hacer los aprovisionamientos de capital correspondientes en cada caso para que éstos fueran entregados al Instituto con el fin de que este pudiera sumir el aseguramiento de los riesgos de vejez e invalidez por servicios prestados con anterioridad a la expedición de esa ley. Ello significaba entonces, que al momento en que el ISS ampliara su cobertura a las diferentes regiones del país, y llamara a los empleadores para afiliar a sus trabajadores, el empleador debía entregar al ISS la provisión de recursos que había hecho por cada trabajador a efectos de que el ISS previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, procediera al reconocimiento pensional[18].

2.2.3.2.13. Es de recordar además que en los casos en que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales hubiese asumido el aseguramiento de tales riesgos, los recursos para su cubrimiento, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, provendrían de un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y el Estado; no obstante, el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono[19].

2.2.3.2.14. Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo[20], en su artículo 259, reiteró la regla de que temporalmente el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación, estaría en cabeza del empleador, hasta que el riesgo correspondiente fuera asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El precepto citado consagraba que:

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

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente

sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto” (negrilla fuera de texto).

2.2.3.2.15. Adicionalmente, el Código amplió la obligación de pago de la pensión de jubilación a las empresas de capital de ochocientos mil pesos o superior -artículo 260-.

2.2.3.2.16. Por su parte, la Ley 71 de 1988, “por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 7 permitió la acumulación de tiempos cotizados en distintas entidades de previsión social y el Instituto de Seguros Sociales, al consagrar que:

“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.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

2.2.3.2.17. Posteriormente, el Decreto 2709 de 1994, “por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988”, estableció en su artículo 1º que: “La pensión a que se refiere el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”[21].

2.2.3.2.18. En el artículo 3, el mismo decreto consagró que: “La pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas”, y en su artículo 11 expresó lo siguiente:

“Todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.

Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince (15) días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual, si no se ha recibido respuesta, se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión”.

2.2.3.2.19. Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, la mencionada disposición del Código Sustantivo del Trabajo que establecía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, fue reemplazada por el artículo 33, posteriormente modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que introdujo nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez y algunas reglas pertinentes para el cómputo de las semanas cotizadas en el régimen de prima media, a saber:

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

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

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

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

PARÁGRAFO 1o. 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;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

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”[22].

2.2.3.2.20. Además de acumular tiempo, la Ley 100 de 1993 materializó la obligación de los aprovisionamientos mediante la inclusión de reglas sobre bonos pensionales.

Puede afirmarse entonces que, en virtud de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad y unidad, la Ley 100 de 1993 tuvo como objetivo fundamental la cohesión de los distintos regímenes pensionales que existían en ese momento en el sistema pensional colombiano, con el fin de que se superaran las dificultades que se avizoraban en el manejo de las referidas prestaciones, lo que se traducía en inequidades y desventajas para los trabajadores, debido, entre otros aspectos, a la desarticulación normativa y a que en algunos casos especiales se impedía la acumulación semanas laboradas ante distintos empleadores.

2.2.3.3. Pare efectos de resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, la Sala resalta las siguientes conclusiones:

2.2.3.3.1. La Ley 6 de 1945 impuso la obligación a (i) los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos –artículo 14- y (ii) las entidades públicas del orden nacional –artículo 17-, de hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la

pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios.

Esta ley dispuso además que el pago de la pensión estaría a cargo de esos empleadores privados hasta tanto se creara un seguro social obligatorio, el cual los subrogaría en la obligación y se abrogaría los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

2.2.3.3.2. Por otra parte, para los empleados y obreros nacionales, la ley dispuso la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, y en virtud de la obligación contenida en su artículo 23, según la cual, “Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”, se crearon además otras cajas de previsión del sector público a nivel territorial, quienes tuvieron a su cargo el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de dichos trabajadores. Como la introducción de esas instituciones de previsión y el seguro social obligatorio sería futuro y progresivo, en virtud de la Ley 6 de 1945, los empleadores –tanto privados como públicos cobijados por la ley- mantuvieron el deber de realizar el aprovisionamiento de los fondos necesarios para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores.

2.2.3.3.3. La Ley 90 de 1946 creó el seguro social obligatorio para (i) todos los trabajadores, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje; (ii) los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales; y (iii) los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedieran de mil ochocientos pesos por año –en un comienzo para estos trabajadores la afiliación era voluntaria-. Además, la referida ley dispuso que el Instituto paulatinamente asumiría el cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte de los trabajadores, una vez el empleador cumpliera el aporte previo señalado para cada caso y que correspondía a las semanas laboradas para ese empleador antes de que el Instituto

asumiera la obligación. La Ley 90 también autorizó que continuaran funcionando algunas instituciones de previsión a cargo de tales riesgos creadas con anterioridad a su entrada en vigencia.

2.2.3.3.4. Por tanto, esta ley impuso las siguientes obligaciones en cabeza del empleador de los trabajadores cobijados: (i) afiliarse al seguro social obligatorio y pagar en lo sucesivo las cotizaciones respectivas, y (ii) pagar a la respectiva entidad de seguridad social el aporte correspondiente a las semanas trabajadas previamente desde que surgió la obligación de hacer las provisiones, es decir, desde la Ley 6 de 1945 para los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos y las entidades públicas del orden nacional, y desde la Ley 90 de 1946 para los empleadores de los demás trabajadores cobijados por dicha ley -ver párrafo previo-.

2.2.3.3.5. El artículo 29 de la Ley 6 de 1945 había permitido la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público con el fin de acceder a una pensión de jubilación. Con la Ley 71 de 1988 fue posible además la acumulación de semanas cotizadas ante diferentes cajas de previsión y el Instituto de Seguros Sociales.

2.2.3.3.6. La Ley 100 de 1993 unificó las reglas relativas a la seguridad sociales en pensiones -salvo algunas excepciones- y creó dos regímenes: prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad. En su artículo 33, unificó las reglas para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

El párrafo del artículo 33 de la Ley 100 consagó que “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones”, de donde se evidencia la reiteración de parte de dicha ley, de la posibilidad de acumular tiempos laborados en los sectores públicos y privados, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, y amplió las posibilidades de acumulación a hipótesis que no habían sido previstas por las leyes 6 de 1945 y 71 de 1988. En efecto, la primera ley autorizaba la acumulación de tiempos laborados en entidades de derecho público, mientras la segunda permitía la acumulación de semanas cotizadas en las cajas de previsión social y en el Instituto de Seguros Sociales. El párrafo del artículo 33 de la Ley 100 amplió esta

posibilidad y contempló hipótesis que habían sido pasadas por alto por las anteriores leyes, como la acumulación de (i) las semanas laboradas para empleadores que aún mantenían la obligación de reconocer directamente -por ejemplo en virtud de una convención colectiva- la pensión de jubilación -literal c-, siempre y cuando el contrato laboral se encontrara vigente al 1° de abril de 1994 o se iniciara con posterioridad a esa fecha[23], y (ii) las semanas trabajadas para un empleador que había omitido su obligación de afiliar al trabajador al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 -literal d-.

Así mismo, el artículo 115 de la Ley 100 contempló la posibilidad de pago de un bono pensional, que se causa cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones se trasladan del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. A saber:

“Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono”.

2.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA ORDENAR EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO PENSIONAL.

2.4.1. El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la Constitución y en la ley.

2.4.2. En virtud de la subsidiariedad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que por regla general esta acción resulta improcedente para el reconocimiento de pensiones, pues para reclamar esa pretensión existen mecanismos judiciales ordinarios. No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes condiciones: i) cuando no existan otras acciones legales, ii) cuando existiendo éstas no fueren idóneas para poner fin a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del tutelante, o iii) cuando la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

2.4.3. Respecto a los requisitos para la acreditación de la inminencia de perjuicio irremediable, la Corte ha determinado que para que resulte comprobado este requisito debe acreditarse en el caso concreto que dicho perjuicio es: (i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) de tal magnitud que las medidas que se requieren para conjurarlo sean urgentes; y (iv) de tal magnitud que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad"[24].

2.4.4. Ahora bien, respecto al tema pensional, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, por regla general y en virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela no procede para lograr estas prestaciones, toda vez que el legislador ha dispuesto medios de defensa ordinarios para solucionar este tipo de conflictos, ya sea ante la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa[25].

2.4.5. No obstante lo anterior, también ha reconocido de manera reiterada la Corte, que los medios ordinarios no son idóneos para la protección de un derecho fundamental, dada la condición de sujeto de especial protección constitucional-especialmente en el caso de las personas de la tercera edad y de los discapacitados- así como la circunstancia de debilidad

manifiesta en la que se encuentre el accionante[26]. De ahí que, por ejemplo, cuando la pretensión se ciñe al reconocimiento de la pensión de vejez, se estime que “el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor. En este sentido, en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho, pero no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela”[27].

2.4.6. En la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional en la sentencia T- 760 de 2014[28], respecto a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para solicitar el amparo de los derechos pensionales, estableció que el juez constitucional debe analizar la eficacia e idoneidad de las acciones judiciales ordinarias, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que rodeen al solicitante. De esta manera, en dicho precedente constitucional, se identificaron ciertos elementos que permiten afirmar si el amparo es o no procedente. Dichos elementos son:

“(i) el estado de salud del solicitante; (ii) el tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo; (iii) la edad del peticionario; (iv) la composición del núcleo familiar, verbigracia el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; (v) el potencial conocimiento de la titularidad de los derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y (vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleo”[29]. (Subrayado fuera del texto).

2.4.7. En este punto, es necesario destacar que este Tribunal ha advertido que el juicio de procedibilidad del amparo debe ser menos riguroso cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, dentro de los que se encuentran los niños y niñas, las personas que padecen alguna discapacidad, las mujeres embarazadas, los adultos mayores y en general las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta. Precisamente, esta Corte ha manifestado que “existen situaciones especiales en las que el análisis de la procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a

la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales”[30].

2.4.8. No obstante lo anterior, esta Corte en la citada sentencia T-760 de 2014, estimó que esta calidad o condición del peticionario no es suficiente para que el amparo sea procedente en materia pensional. Por lo anterior, hizo alusión a las siguientes reglas procesales para que la tutela sea procedente[31]:

“a. La falta de pago de la prestación o su disminución debe generar un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mínimo vital;

b. El afectado debe haber desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objeto de que le sea reconocida la prestación que reclama;

c. Es necesario que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados;

d. Debe existir una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado”.

2.4.9. De esta forma, esta Corporación ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para lograr el reconocimiento de derechos prestacionales. Por ello, es labor del juez determinar, a partir de un análisis detallado de las circunstancias específicas del accionante, si ésta debe ser utilizada como mecanismo para solicitar el amparo de los derechos pensionales. Además, deberá verificar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz e idóneo o si se requiere una decisión para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3. CASO CONCRETO

3.1. Resumen de los hechos

En el 2012 inició proceso laboral en contra de Bancolombia para que se le ordenara el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero en el fallo de primera instancia se le reconoció el tiempo laborado para la entidad financiera desde el 22 de diciembre de 1971

hasta el 8 de marzo de 1990, denegándosele las demás pretensiones. En segunda instancia el ad quem confirmó el fallo, y precisó que Bancolombia quedaba exonerada del pago de la pensión de la actora, por cuanto la prestación estaba a cargo del ISS.

El 9 de diciembre de 2013 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero dicha entidad mediante resolución GNR 53405 del 22 de febrero de 2014, se la negó, porque sólo tenía acreditadas 478 semanas de cotización desde el 1º de enero de 1981 hasta el 28 de febrero de 1990, es decir “que no se tuvo en cuenta el tiempo laborado para Bancolombia desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 31 de diciembre de 1980, pese a que con anterioridad había solicitado la corrección de la historia laboral, lo que indica que COLPENSIONES no la corrigió”.

Contra la resolución GNR 53405 del 22 de febrero de 2014 interpuso recurso de reposición y en subido de apelación, los cuales fueron resueltos a través de las resoluciones GNR 218450 del 13 de junio de 2014 y VPB 19909 del 6 de noviembre de 2014, negándole a la accionante su derecho a la pensión, argumentando que “no aportó pruebas suficientes para demostrar la vinculación laboral con Bancolombia por el periodo reclamado”, hecho que la accionante considera falso, pues alega haber aportado certificación laboral actualizada emitida por la entidad bancaria.

3.2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.2.1. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En el caso sub examine se observa que Ruth Emperatriz Nieto Lozano, quien es la titular de los derechos que se alegan vulnerados, interpuso la acción de tutela por sí misma, por lo que la Sala encuentra que representa sus propios intereses.

3.2.2. Legitimación por pasiva

Con respecto a quién va dirigida la acción de tutela, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 expresa que: “se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)”.

En el caso sub examine se demandó a COLPENSIONES y a Bancolombia, lo cual es a todas luces acertado, pues dichas entidades son las presuntas vulneradoras de los derechos fundamentales invocados, por tanto, son quienes tienen que resolver la reclamación de la peticionaria y a quien se atribuye la presunta vulneración de derechos.

3.2.3. Examen de inmediatez

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

A propósito de lo esgrimido anteriormente, la Sala encuentra que en el caso bajo estudio se tiene que la última actuación que negó el derecho pensional de la accionante, fue del 6 de noviembre de 2014, y que corresponde a la resolución proferida por COLPENSIONES, por la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto por la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano en contra de la resolución 53405 del 22 de febrero de 2014, y la acción de tutela fue interpuesta 11 de diciembre de 2014; por tanto, el tiempo transcurrido entre una y otra fecha demuestran que se trata de un término razonable que hace que en esta oportunidad se cumpla con el requisito de inmediatez.

Aunado a lo anterior, puede afirmarse que la vulneración de los derechos de la accionante se ha prolongado en el tiempo, pues todavía COLPENSIONES y Bancolombia no le ha reconocido ni pagado la pensión de vejez a la que la peticionaria afirma tener derecho.

3.2.4. Examen del cumplimiento del requisito de subsidiariedad

Conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, esto es, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, que puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos

fundamentales cuando: a) no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental, b) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección del derecho de que se trate, o, c) cuando existiendo acciones ordinarias, resulte necesaria la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.

En este sentido, la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela reconocen la eficacia de los medios ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos para la salvaguarda de los derechos. Al existir tales mecanismos, a ellos se debe acudir preferentemente, siempre que sean conducentes para conferir una eficaz protección constitucional a los derechos fundamentales de los individuos. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales por esta vía, debe haber agotado los medios de defensa disponibles para el efecto, exigencia que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador[32].

La Sala nota que este caso cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante ya hizo uso de la vía ordinaria laboral para que le fuera reconocida y pagada su pensión de vejez de parte de Bancolombia, la cual fue negada por los jueces de instancia.

No obstante lo anterior, los jueces del proceso laboral precisaron que quien debía responder por la solicitud pensional de la accionante era el entonces ISS, razón por la que la actora directamente solicitó su pensión a esa entidad, quien en varias oportunidades le negó el reconocimiento de su derecho, razón por la que la actora acude a la acción de tutela.

Entonces, se concluye que en este caso se hizo uso de los medios ordinarios de defensa judicial al alcance de la accionante, como lo es la demanda ordinaria laboral, y al no haber alcanzado el reconocimiento de sus derechos por esa vía, y al tener en claro que cumple con los requisitos de ley para la adquisición de su derecho pensional, la señora Nieto Lozano sólo cuenta con la acción de tutela como mecanismo idóneo para lograr la protección solicitada, pues es de tenerse en cuenta que la actora tiene 63 años de edad, por lo que, obligarla a interponer una acción por la vía ordinaria en contra de COLPENSIONES y esperar una sentencia que finalice positivamente, podría superar su expectativa probable de vida[33].

Además, la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano, dada la edad que tiene, no puede acceder al mercado laboral y, afirma no contar con algún ingreso que le permita asegurar su mínimo vital.

Así las cosas, la Sala estima que prolongar en el tiempo el reconocimiento del derecho pensional de la accionante, después de que esperó la culminación de un proceso laboral y de que en varias oportunidades ha solicitado a COLPENSIONES su pensión de vejez, es contrario a los mandatos constitucionales y a las garantías fundamentales pregonadas por un Estado Social de Derechos, lo que hace necesario la intervención del juez de tutela.

3.3. EXAMEN DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA SEÑORA RUTH EMPERATRIZ NIETO LOZANO

3.3.1. Analizando el caso concreto, la Sala considera necesario comenzar por determinar el periodo en el que realmente trabajó la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano con El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, para posteriormente pasar a precisar cuáles eran las obligaciones de su empleador en materia pensional, pues de ello depende que la accionante pueda o no acceder a la pensión de vejez que reclama, y que se precise quién es el obligado a reconocerla.

Al respecto, la Sala encuentra que en abril de 2014, Bancolombia expidió certificado laboral de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano, en el que hace constar que laboró al servicio de la entidad financiera desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 8 de marzo de 1990, periodo en el que estuvo afiliada por los riesgos de IVM al ISS[34].

Así mismo, dentro del material probatorio existe el contrato de trabajo suscrito entre la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano y El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, en el que consta que la empleada ingresó a trabajar desde el 22 de diciembre de 1971 como “Auxiliar de Oficina A”, en las instalaciones de la entidad financiera en Melgar, Tolima[35].

También se haya dentro del material probatorio, que COLPENSIONES en la resolución GNR 53405 del 22 de febrero de 2014, “Por la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez” solicitada por la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano, precisó como motivo de la negación, que la accionante no cumplía con los requisitos de ley, por cuanto sólo había cotizado 478 semanas, detalladas de la siguiente manera:

Entidad

laboró

Desde

Hasta

Novedad

Días

Banco de

Colombia

1981-01-01

1982-09-30

Tiempo

servicio

638

Banco de

Colombia

1982-00-01

1990-02-28

Tiempo

servicio

3.3.2. De lo anterior, concluye la Sala que existe evidencia de que la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano sí estuvo vinculada con El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, desde el 22 de diciembre de 1971 hasta el 8 de marzo de 1990, y no desde el primero de enero de 1981 hasta el 28 de febrero de 1990 como lo manifestó COLPENSIONES. Entonces, tal como lo ha expresado la actora, de ser tenido en cuenta dicho periodo laboral, las semanas de cotización por ella acreditadas superarían las 478 tenidas en cuenta por la entidad para el examen del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez reclamada.

3.3.3. Precisado lo anterior, pasará la Sala a determinar las obligaciones prestacionales del entonces empleador de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano.

3.3.3.1. Para empezar, es pertinente hacer alusión a que El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, no tuvo en cuenta los mandatos de la Ley 6 de 1945, en el sentido de que debió:

- i) Como en un primer momento las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación era asunto de los empleadores, al crearse las Cajas de Previsión Social, el empleador debió hacer los aprovisionamientos y traslados de capital correspondientes a las semanas cotizadas por sus trabajadores a dichas cajas, con el fin de que esas entidades de seguro social tuviesen en cuenta los aportes realizados por el empleado para reconocerle su derecho pensional.
- ii) Una vez la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano se trasladó al ISS, la Caja de Previsión Social a la que pertenecía, debió trasladar el saldo de los aportes correspondientes a las semanas cotizadas por la accionante, al ISS, para que éste los tuviera en cuenta a efectos de reconocer la pensión de la interesada[36].

Lo anterior, en virtud de lo consagrado en la ya citada Ley 6 de 1945, que estatuyó una obligación importante para la relación de la entidad empleadora con sus trabajadores, consistente en la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada a la caja de previsión respectiva, cuando se asumiera por parte de ésta el pago de la pensión de jubilación. Así como de la obligación contenida en el artículo

12 de dicha ley, que precisó que la obligación de reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación se mantendría en cabeza de los patronos hasta la organización del seguro social obligatorio, el cual reemplazaría al “patrono” en la asunción de la prestación pensional y arrogaría los riesgos de vejez, invalidez, muerte, enfermedad general, maternidad y riesgos profesionales de todos los trabajadores.

En este sentido, se tiene que en el presente asunto El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, como empleador de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano, no realizó el aprovisionamiento de capital correspondiente a las semanas cotizadas por la accionante, para su posterior traslado a la Caja de Previsión Social respectiva, la cual, una vez se creó el Instituto de los Seguros Sociales, debió a su vez trasladar allí los saldos respectivos para que se tuvieran en cuenta a la hora de reconocer el derecho pensional a la actora.

Así mismo, se dejó de lado que la Caja de Previsión Social del Banco de Colombia, una vez la accionante se trasladó al ISS, debió trasladar los aportes realizados por la accionante, los cuales, de ser tenidos en cuenta, hubiesen configurado el derecho pensional a su favor.

3.3.3.2. Adicionalmente, respecto a lo esgrimido por COLPENSIONES, en el sentido de que “no se encontró registro de afiliación ni mucho menos de cotizaciones para los periodos reclamados”[37], la sala encuentra que, con relación al incumplimiento del pago de aportes por los empleadores al ISS, la Corte en varias de sus sentencias[38], ha dejado en claro que “no es endilgable al empleado, y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado”.

Dicho de otra forma, una vez el empleador haya retenido, de la asignación salarial, los valores que le corresponde adoptar al empleado, surge para aquel la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la vida en condiciones dignas o a la salud, o a una prestación económica de tanta importancia como lo es la pensión de vejez.

No obstante, aun cuando el empleador no haya aportado las cotizaciones del empleado al fondo de pensiones -bien porque no las descontó o porque las descontó y no las aportó al fondo de pensiones-, será el obligado directo a responder por el pago de las cotizaciones causadas durante todo el tiempo que duró la relación laboral[39]. En efecto, El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, debe transferir al Instituto del Seguro Social, hoy COLPENSIONES, el valor actualizado - cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la actora para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, al actor le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión.

3.3.3.3. En cuanto a lo esgrimido por el ad quem, en el sentido de que la accionante no tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, por cuanto “no existía cobertura del ISS en el municipio de Melgar donde prestaba sus labores”, la Sala encuentra que dicho argumento no es de recibo, pues por regla general, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación correspondía al empleador, razón por la que la Ley 6 de 1945, que reguló las relaciones entre los empleadores y trabajadores, impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos para el pago de dicha pensión a los empleados que cumplieran ciertos requisitos en ella indicados.

Esta ley dispuso además, que el pago de la pensión estaría a cargo de esos empleadores privados hasta tanto se creara un seguro social obligatorio, el cual los subrogaría en la obligación y se abrogaría los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

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

3.3.3.4. Finalmente, respecto a la supuesta vulneración del derecho de petición de la actora, la Sala encuentra que ello no está acreditado; por el contrario, lo evidenciado es que

COLPENSIONES durante el procedimiento administrativo iniciado por la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano dio respuesta a todas las peticiones presentadas por ella.

3.3.3.5. En virtud de lo antes dicho, la Sala revocará la decisión proferida el 13 de febrero de 2015 por la Sala Civil Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, que confirmó el fallo del 29 de diciembre de 2014, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima. En su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, se ordenará a El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de este fallo, transfiera a COLPENSIONES el valor actualizado - cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la actora para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar durante su relación laboral (22 de diciembre de 1971 a 8 de marzo de 1990), para que así, le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión.

3.3.3.6. También se ordenará a COLPENSIONES que en el término de diez (10) días hábiles, contados desde la notificación de este fallo, proceda a actualizar la historia laboral de la accionante, conforme al certificado expedido por Bancolombia, y una vez actualizada la historia laboral, realizar dentro de un (1) mes siguiente, las diligencias para determinar si la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, sin que todos los trámites superen el término de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia. En caso tal de que la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano no cumpla los requisitos de ley para acceder a su pensión de vejez, COLPENSIONES deberá orientarla en el trámite que debe seguir para solicitar el pago de la indemnización sustitutiva, que consiste en “el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobreviviente, para reclamar -en sustitución de dicha pensión- una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas”[40]

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución Nacional.

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida el 13 de febrero de 2015 por la Sala Civil Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, que confirmó el fallo del 29 de diciembre de 2014, proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social.

SEGUNDO: ORDENAR a El Banco de Colombia, hoy Bancolombia, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas desde la notificación de este fallo, transfiera a COLPENSIONES el valor actualizado - cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba la actora para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar durante su relación laboral (22 de diciembre de 1971 a 8 de marzo de 1990), para que así, le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que en el término de diez (10) días hábiles, contados desde la notificación de este fallo, proceda a actualizar la historia laboral de la accionante, conforme al certificado expedido por Bancolombia, y una vez actualizada la historia laboral, realizar dentro de un (1) mes siguiente, las diligencias para determinar si la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, sin que todos los trámites superen el término de dos (2) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia. En caso tal de que la señora Ruth Emperatriz Nieto Lozano no cumpla los requisitos de ley para acceder a su pensión de vejez, COLPENSIONES deberá orientarla en el trámite que debe seguir para solicitar el pago de una indemnización sustitutiva.

CUARTO: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (E)

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 47-66 del cuaderno 2.

[2] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[3] Ver entre otras las sentencias T-784 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-125 de 2012 y T- 754 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[4] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[5] Sentencias T-232 del 31 de marzo de 2011 y 719 del 23 de septiembre de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[6] Sentencias T-232 del 31 de marzo de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T -719 del 23 de septiembre de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T- 125 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T- 549 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[7] Artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, Derogados por la Ley 100 de 1993.

[8] Ver el Decreto 2196 de 2009.

[10] “Artículo 23.- Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella”.

[11] “Artículo 29º.- Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo

servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante todo el tiempo de servicio.”

[12]Artículo 2, Ley 90 de 1946: “Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico. Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones”.

[13]Artículo 8, Ley 90 de 1946: “Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá”.

[14] El artículo 6 señaló los trabajadores que estarían excluidos del seguro obligatorio: “No quedan sometidos al régimen del seguro social obligatorio:

1o. El cónyuge, los padres y los hijos menores de catorce (14) años del patrono, aunque figuren como asalariados de éste; 2o. Los demás miembros de la familia del patrono, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que presten sus servicios exclusivamente por cuenta del patrono y vivan bajo su mismo techo; 3o. Las personas que ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa del patrono; 4o. Los trabajadores cuyo número de jornadas anuales sea inferior a noventa (90) días, y los que se ocupen en labores agrícolas temporales, como las de siembra, cosecha y demás similares, siempre que por otro concepto distinto no estén sujetos al seguro obligatorio. 5o. Los empleados y obreros que, por estar afiliados a otra institución de previsión social, gocen de mayores beneficios que los reconocidos por esta ley, de conformidad con el artículo 78. 6o. Los trabajadores que sean excluidos expresamente de este régimen por los reglamentos generales de la

institución: a. Por su carácter de representantes del patrono; y b. Por otras circunstancias especiales que en esos mismos reglamentos se determinen; y 7o. Únicamente en relación con los seguros de invalidez, vejez y muerte, los extranjeros que vengan o hayan venido al país en virtud de contratos de duración fija no mayor de un (1) año, mientras esté vigente el contrato original, y los que, por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al Exterior en cualquier tiempo, siempre que, además, la respectiva organización extranjera tenga previsto para ellos algún régimen de seguro contra los mismos riesgos.”

[15] Artículo 76 de la Ley 90 de 1946: “El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley”.

[16] El artículo 72 de la Ley 90 de 1946 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 70 del 9 de septiembre de 1982, proceso número 971, M.P. Ricardo Medina Moyano. En este fallo se reconoció la obligación de paulatinamente ir afiliando a los trabajadores al seguro social obligatorio. Al respecto, la Sala Plena de la corporación manifestó: “-Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó también suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo, dispuso que: “Mientras se organiza el

Seguro Social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”.

Significa lo anterior que, por voluntad expresa e inequívoca del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a) de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio, y b) Por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes. No se trata por lo tanto a juicio de la Corte, como lo pretende la demanda de que, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, o más exactamente los decretos aprobatorios de los mismos, expedidos por el Gobierno, modifiquen o deroguen las normas legales en materia prestacional, sino que éstas por voluntad del propio Congreso, autor de las mismas, dejan de regular los efectos de los contratos de trabajo en la materia correspondiente, desde el momento en que se haga la subrogación del riesgo respectivo. Por otra parte, no puede dejar de observarse que, la vigencia transitoria de la norma legal se conserva, con la posibilidad natural de su aplicación en todos aquellos casos en que no se haya realizado la sustitución de la misma por el régimen del Seguro Social. No se trata por lo tanto, como ya se indicó, de modificación de normas legales, sino de una subrogación de riesgos, en virtud de la regulación integral de la respectiva materia, progresivamente asumida por el régimen de la Seguridad Social.”

[17] Además, el artículo 82 otorgó al siguiente facultad al Gobierno Nacional: “En todo caso el Gobierno tiene facultad para revisar periódicamente aquellas instituciones, con el fin de cerciorarse de su capacidad económica y exigir las garantías que estime convenientes en defensa de los intereses de los asegurados, y aun decretar su liquidación e incorporación al Instituto, si surgieren fundados motivos de insolvencia o quiebra.”

[18] Sentencia T-651 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[19] Sentencia T- 549 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[20] Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961.

[21] Artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

[22] El literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el trascrito, retomaron lo contemplado en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, que otorgaba la posibilidad de acumulación de aportes para los trabajadores del sector público y del sector privado que a partir de su vigencia, diciembre 19 de 1988, acreditaran 20 años de aportes cotizados “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”.

[23] El literal c del párrafo 1°, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, norma que también fue objeto de pronunciamiento por esta Corporación en sentencia C-1024 de 2004, en la cual se resolvió estarse a lo resuelto en el fallo C-506 de 2001.

[24] Sentencia T-952 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[25] Sentencia T-037 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[26] Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-702 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-681 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[27] Sentencia T-414 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] M.P. Martha SÁCHICA Méndez.

[29] Sentencia T-760 de 2014. M.P. Martha SÁCHICA Méndez.

[30] Sentencia T-515^a de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también Sentencia T- 037 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[31] Sentencia T-760 de 2014. M.P. Martha SÁCHICA Méndez. Ver además las sentencias T-T-235 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T- 721 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo; T- 722 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1014 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T- 1069 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-568 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] Sentencia T- 417 del 25 de mayo de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

[33] En la Sentencia T- 093 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte resolvió el caso de una accionante que instauró acción de tutela contra Cajanal EICE en liquidación por considerar que estaba vulnerando sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor al negarle el reconocimiento de la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su esposo. A juicio de la accionada, el causante no reunía el tiempo suficiente exigido en la ley 12 de 1975 para que su beneficiaria accediera al derecho. Por tanto, solicitó se tutelaran sus derechos fundamentales y se ordenara a Cajanal EICE – en liquidación – el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a su favor. La Sala advirtió que aunque existían otros medios judiciales a los que la accionante podía acudir para solicitar se le garantizaran sus derechos fundamentales, estos instrumentos resultaban ser los menos efectivos, expeditos y eficaces para lograr dicha protección, teniendo en cuenta que la accionante había cumplido ochenta (80) años de edad, así que, impetrar una acción por la vía ordinaria, e incluso la contencioso administrativa, y esperar una sentencia que finalizara positivamente, podría superar la expectativa probable de vida de la petente, razón por la que accedió al amparo de sus derechos. También se pueden consultar las Sentencia T- 138 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo, y T-308 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

[34] Folio 12 del cuaderno 2.

[35] Folio 13 del cuaderno 2.

[36] Ver al respecto las siguientes sentencias: T-712 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa; T- 748 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T- 518 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T- 493 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T- 760 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; y T- 360 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[37] Folio 38 y 39 del cuaderno 2.

[38] Ver entre otras las sentencias T- 558 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-138 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

[39] Sentencia T-125 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] Sentencia T- 080 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva