

T-483-15

Sentencia T-483/15

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

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

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Naturaleza

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Contenido y desarrollo

BONOS PENSIONALES-Normas aplicables/BONOS PENSIONALES-Características

BONOS PENSIONALES-Clases

INOPONIBILIDAD DE LA MORA PATRONAL PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia

La mora o la omisión del empleador en el pago de los aportes no es oponible al trabajador al momento de reclamar su pensión, es decir, no puede alegarse como justificación a la negativa de la prestación reclamada. Como se expuso, las entidades administradoras de pensiones tienen la potestad y los instrumentos necesarios para exigir al empleador la cancelación de los aportes, por lo tanto, no pueden trasladar su negligencia ni las consecuencias de la misma al trabajador, a quien se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, siendo así, una víctima de esa situación.

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-No es admisible que la entidad administradora de pensiones alegue a su favor su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro

La entidad accionada no puede trasladar los efectos negativos de la mora del empleador y

el incumplimiento de sus obligaciones como administradora de pensiones a la parte más débil de la relación, justificando el no reconocimiento de la pensión en la existencia de periodos no cancelados o cancelados extemporáneamente, los cuales se presumen trabajados por el accionante. Así, de haber acudido a los mecanismos legales para efectuar el cobro de los períodos en mora, no se hubiera reducido el número de semanas cotizadas e informadas en una primera ocasión y el accionante hubiera accedido a la prestación solicitada.

DERECHO A LA PENSION-No puede afectarse por mora patronal en aportes

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez

Referencia: expediente T-4.926.332

Acción de Tutela interpuesta por Macario Calderon Pantoja contra Colpensiones.

Derechos fundamentales invocados:

Mínimo vital, vida digna, seguridad social.

Temas:

La procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales; (ii); Seguridad social en pensiones, antes y después de la expedición de la Ley 100 de 1993 y (iii) la inoponibilidad de la mora del empleador para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Problema jurídico:

Establecer si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y el principio de confianza legítima, al negar el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el accionante, por considerar que éste no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto 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, 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

En el proceso de revisión de la decisión de tutela adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 24 de marzo de 2015, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 11 de febrero de 2015, mediante el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1 SOLICITUD

Macario Calderón Pantoja instauró acción de tutela contra Colpensiones por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

Sustenta su solicitud en los siguientes:

1.2 HECHOS Y ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

1.2.1. El actor, de 74 años[1], manifiesta no saber leer ni escribir, ni poseer un grado de educación alguno. Señala que toda su vida se dedicó a trabajar en oficios varios para sostener a su familia, en empresas del sector privado.

1.2.2. Indica que no obstante su situación personal, logró cotizar ante el Seguro Social desde enero de 1967 hasta mayo de 2009. Según su reporte de historia laboral, cotizó 778.86 semanas. Por lo anterior, dice que al cumplir los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993 solicitó a la accionada la pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución 128072 del 21 de noviembre de 2011, bajo el siguiente argumento:

“se establece que (la) asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 544 semanas desde su ingreso el 09 de noviembre de 1970 hasta el 31 de diciembre de 1994, concluyendo que el asegurado no acredita el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez solicitada. Que de conformidad con lo anteriormente expuesto, se procederá a negar la pensión de vejez solicitada, por cuanto no se acreditan los requisitos para acceder a la misma”.

1.2.3. De conformidad con lo anterior, considera que no fueron tenidas en cuenta la totalidad de semanas cotizadas por él, indicadas desde un principio en el resumen de historia laboral, restándole la posibilidad de acceder a la pensión de vejez.

1.2.4. Expone que acudió a las instalaciones de la accionada y allí los funcionarios y asesores jurídicos le recomendaron que accediera a la indemnización sustitutiva. Aduce que, en medio de su ignorancia, accedió y mediante resolución 737316 del 14 de abril de 2013, Colpensiones reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por la suma de \$3.509.487, correspondientes a 544 semanas cotizadas.

1.2.5. Señala que ante la arbitraria y caprichosa decisión, interpuso los recursos de vía gubernativa pero Colpensiones confirmó la decisión y negó la reliquidación de la indemnización sustitutiva.

1.2.6. A su juicio, esta decisión causa perjuicios serios a su mínimo vital ya que la misma fue tomada de manera deshonesta al no tener en cuenta la totalidad de semanas cotizadas y no las 544 reconocidas. Considera que en el año 2000 cumplió con el requisito de la edad y luego con los 20 años de servicio, siendo beneficiario del régimen de transición. Por lo tanto, con 500 semanas podía acceder a su pensión de vejez. En efecto, indica que para el 1 de abril de 1994 tenía cumplidos 43 años de edad y tenía cotizadas a julio de 2005, 753.54 semanas, que corresponden 496.54 al Seguro social y 257 a la Caja de Previsión del Distrito.

Considera que la actuación de Colpensiones vulnera sus derechos fundamentales ya que con el reconocimiento de su pensión de manera correcta, podría atender sus gastos como vivienda, servicios públicos, alimentación y demás, relacionados con una vida digna.

1.2.7. Manifiesta que es una persona de escasos recursos, que trabajó muchos años en el

sector privado y que en la actualidad, por su edad, no puede continuar laborando y padece de varias patologías. Además, que su esposa, también adulta mayor, depende de él.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colpensiones dejar sin efectos las resoluciones que niegan su pensión de vejez y ordenan la indemnización sustitutiva, y profiera una nueva en la que reconozca la pensión de vejez y se protejan tanto sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social como los principios de la buena fe, la confianza legítima, favorabilidad y el respeto del acto propio.

1.3 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 28 de enero de 2015, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá admitió la demanda y corrió traslado a Colpensiones para que hiciera las manifestaciones que considerara pertinentes.

1.3.1. Colpensiones

Dentro del término concedido, la entidad accionada guardó silencio.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. PRIMERA INSTANCIA: JUZGADO CUARENTA Y CUATRO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCION DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ

En sentencia del 11 de febrero de 2015, el juez de conocimiento negó la tutela de los derechos fundamentales invocados.

2.1.1. Consideró que la tutela era un mecanismo excepcional para solicitar la prestación económica y en este caso, el actor no demostró la existencia de un perjuicio irremediable al limitarse a afirmar que no cuenta con recursos económicos sin acreditarlo siquiera sumariamente.

2.1.2. Además, afirmó que el actor no agotó la vía gubernativa frente a la resolución que negó la pensión de vejez y tampoco interpuso el recurso de reposición en tiempo contra la que reconoció la indemnización sustitutiva.

2.2. IMPUGNACIÓN

Dentro del término legal, el accionante impugnó la decisión de primera instancia.

2.2.1. En primer lugar, reiteró que tiene 74 años y diferentes enfermedades que requieren tratamiento especial. Que no cuenta con recursos económicos para sostenerse, se encuentra en Sisben nivel 1 y que viven de la caridad. En consecuencia, sugiere al juez una inspección judicial para que observe la manera y condiciones en que vive junto a su esposa.

2.2.2. En segundo lugar, manifestó que todas las actuaciones procesales las realizó de buena fe, bajo las recomendaciones de los funcionarios de Colpensiones. Considera que no adquirió su derecho a la pensión por la mala fe de los funcionarios y por su analfabetismo, fue inducido al error.

2.2.3. En tercer lugar, considera inaceptable que el juez constitucional se ampare en una interpretación limitada y niegue sus derechos fundamentales.

2.3. SEGUNDA INSTANCIA: TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA PENAL

Mediante sentencia del 24 de marzo de 2015, la Sala Penal confirmó el fallo de primera instancia.

2.3.1. A juicio del Tribunal, en los actos administrativos controvertidos no se aprecia la afectación flagrante de sus derechos fundamentales ni que su fundamento se aparte de la normatividad legal y constitucional que rige la materia. En efecto, considera que el hecho de ser asesorado de forma errónea no deslegitima el contenido de las resoluciones ni constituye prueba de su derecho a la pensión, discusión que debe surtirse en la jurisdicción ordinaria laboral. Lo anterior, por cuanto de la documentación allegada a la tutela no se puede establecer con certeza el número de semanas de cotización total real.

3. PRUEBAS DOCUMENTALES

Se encuentran en el expediente las siguientes pruebas documentales relevantes:

3.1. Fotocopia del reporte de semanas cotizadas en pensiones desde enero de 1967 hasta mayo de 2009 (folio 13, C.1).

3.2. Fotocopia de la resolución 128072 del 21 de noviembre de 2011, mediante la cual se niega la pensión de vejez (folios 14-15 C. 1).

3.3. Fotocopia de la resolución 737316 del 14 de abril de 2013, mediante la cual se reconoce una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (folios 16-18 C. 1).

3.4. Fotocopia de la petición de reliquidación de la indemnización sustitutiva (folio 19 C. 1).

3.5. Fotocopia de la resolución 8174916 del 26 de marzo de 2014 mediante la cual se niega la reliquidación de la indemnización sustitutiva (folios 20-22 C. 1).

3.6. Fotocopia del reporte de semanas cotizadas en pensiones desde enero de 1967 hasta julio 2014 (folios 23-24 C. 1).

4. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala Número Uno y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Sala de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

En primer lugar, si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y el principio de confianza legítima, al negar el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el accionante, por considerar que éste no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el actor procedió de acuerdo con lo informado en la relación de semanas cotizadas al sistema expedida por la entidad, en la cual constaban un total de 778.86.

En segundo lugar, y como consecuencia del reconocimiento de la indemnización sustitutiva,

se deberá establecer si la negativa de reliquidar dicha prestación reconocida, con base en las 544 semanas señaladas por la entidad como cotizadas, afecta los derechos invocados.

Para el efecto, reiterará la jurisprudencia sobre (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales; (ii) seguridad social en pensiones, antes y después de la expedición de la Ley 100 de 1993 y (iii) la inoponibilidad de la mora del empleador para el reconocimiento de la pensión de vejez.

4.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En reiteradas ocasiones, la Corte se ha referido a la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, toda vez que tanto la administración como la jurisdicción ordinaria cuentan con medios de defensa idóneos para tal fin. No obstante, ha afirmado que el amparo constitucional procede de manera excepcional cuando el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos o, cuando existiendo, éste no resulta idóneo por las condiciones particulares del caso concreto.[2]

En consecuencia, el operador jurídico debe verificar, evaluar y analizar las condiciones que presenta el peticionario[3], “para que, una vez constatadas sus aseveraciones, se tome una medida pronta, urgente y eficaz, de manera transitoria o definitiva, con el fin de evitar un perjuicio irremediable a sus garantías constitucionales, ante lo desproporcionado que le puede resultar el recurrir a dirimir su conflicto por los medios judiciales comunes”. [4] Además, en estos casos debe corroborar el cumplimiento de los requisitos señalados por la jurisprudencia para establecer si es posible amparar y reconocer, de manera transitoria o definitiva, un derecho de índole prestacional al accionante.

De otra parte, esta Corporación en sentencia T-127 de 2012[5] reiteró los presupuestos establecidos para que proceda el reconocimiento y pago de pensiones solicitadas por personas de especial protección constitucional[6]. Al respecto, se refirió a la Sentencia T-651 de 2009, en la cual se indicó:

“En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional especialmente en el caso de las

personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.) los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.) permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos.”

Bajo ese entendido, esta Corte considera que, además de lo anterior, el accionante debe demostrar una afectación de su mínimo vital (derivado del no reconocimiento del derecho prestacional) y el ejercicio de una actividad diligente ante la entidad demandada, para obtener la protección del derecho invocado.[7]

De esta forma, para que proceda la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales es necesario que se cumplan las siguientes reglas, resumidas en la sentencia T-722 de 2012[8] de la siguiente manera:

- “a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional.
- b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,
- c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.
- d. 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.”

4.4. SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES CON ANTERIORIDAD Y POSTERIORIDAD DE LA LEY 100 DE 1993

El Sistema de Seguridad Social en Colombia surge en los años 1945 y 1946, con la creación de 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 que se estableció la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable y universal, y con la expedición de la Ley 100 de 1993, que se creó el sistema general de pensiones con el fin de corregir las distorsiones que existían en el sistema.

No obstante lo anterior, ya el Estado colombiano había reconocido el derecho a la seguridad

social en pensiones como un derecho humano, incluso antes de la Constitución de 1991, y se había obligado a través de la ratificación de algunos instrumentos internacionales a implementar medidas que aseguraran que las personas recibieran protección frente a las contingencias que les afectaran. Adicionalmente se comprometió a desarrollar una legislación interna que promoviera las condiciones mínimas de previsión social.

En diversos pronunciamientos,[9] esta Corte ha destacado algunos de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la seguridad social y que crean obligaciones sobre la materia al Estado colombiano, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Convenios No. 102 y 128 sobre la Seguridad Social, adoptados en 1952 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981, 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, 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.

Las normas transcritas, permiten establecer que el Estado 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.

4.4.2. Derecho a la seguridad social en pensiones. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación, en la sentencia C-258 de 2013[10], realizó un cuidadoso análisis del contenido del derecho a la seguridad social en pensiones, su composición y su alcance. En dicho fallo se expresó lo siguiente:

“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.

La pensión de vejez es entonces uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando en razón de su edad, se produce una esperable disminución de su capacidad laboral, lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

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”.

Aunado a lo anterior, 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.

4.4.3. Desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones. Reiteración de jurisprudencia

La historia de la seguridad social en Colombia ha sido estudiada en diferentes ocasiones por esta Corporación[11]. 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, T-754 de 2012 y T-748 de 2013[12], 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.

Como se dijo en precedencia, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 no existía un riguroso y adecuado desarrollo normativo en la materia[13], 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[14].

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, que por regla general las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación, correspondían al empleador[15], se expidió la Ley 6 de 1945, considerada como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo con el fin de reglamentar las relaciones de los empleadores con los trabajadores. 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).

“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 ira deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

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 asumiría los riesgos de vejez, invalidez, muerte, enfermedad general, maternidad y riesgos profesionales de todos los trabajadores.

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[16], a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados oficiales[17].

El artículo 23 de dicha ley[18] 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.

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[19].

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[20], y se creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[21]. 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”[22].

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).

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”[23]. 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[24].

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[25].

Así las cosas, se tiene que la Ley 90 de 1946, no solo creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sino que introdujo la obligación, en cabeza de los empleadores, de hacer los provisionamientos de capital correspondientes en cada caso y entregarlos al Instituto con el fin de que éste pudiera asumir el aseguramiento de los riesgos de vejez e invalidez por servicios prestados con anterioridad a la expedición de dicha ley.

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[26].

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo[27], 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 dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto” (negrilla fuera de texto).

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-.

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”.

Al analizar esta ley y teniendo en cuenta que existen casos de personas que habían sido servidores públicos pero que también habían trabajado con empleadores privados, esta Corporación destacó, en la sentencia C-012 de 1994, que sólo con la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988 éstos pudieron acumular aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado, con las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con particulares. Al respecto señaló:

“Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para “los empleados oficiales y trabajadores” el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado (...). (Subrayas fuera del texto original)

Así, aunque la Ley 71 de 1988 contemplaba este régimen mixto, seguía siendo imposible

para estas personas acumular el tiempo trabajado con el Estado, en virtud del cual no se había hecho cotización alguna, y los aportes entregados al ISS con base en el tiempo laborado con empleadores privados.

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”[28].

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”.

Sin embargo, el artículo 5 del citado decreto estableció:

“Artículo 5º.- Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.”

De manera que, como puede observarse, esta disposición excluyó los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones a través de una Caja o Fondo de previsión público, haciendo una diferenciación que la misma ley no hizo, ya que la Ley 71 de 1988 permitía la acumulación de los tiempos públicos y privados sin hacer ninguna distinción. Esta situación fue analizada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado (Rad.1628-06) en la cual ese Tribunal sostuvo:

“La norma condiciona el cómputo del tiempo laborado al hecho de que el trabajador lo haya cotizado a través del Instituto de Seguros Sociales o laborado a entidades públicas que aporten al Sistema de Seguridad excediendo lo establecido por la Ley. Tal exigencia, además de desbordar las previsiones de la Ley 71 de 1988, afecta los derechos adquiridos del trabajador a quien sólo se le debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de la entidad a la que haya aportado pues, en los casos de las entidades públicas, eran éstas quienes asumían la carga pensional. Por tales razones se impone su inaplicación. No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al empleado. La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte.[29]

Con anterioridad al citado pronunciamiento, en sentencia de 27 de junio de 2002,[30] la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección A, había inaplicado el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989 que tenía el mismo contenido del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, argumentando lo siguiente:

“Considera la Sala que la previsión del artículo 21 del decreto 1160 de 1989, agrega una condición que no es exigible al trabajador sino al empleador y, de esta manera, hace gravosa su situación al reclamar el derecho pensional frente al que ha cumplido los requisitos que a él corresponden – edad y tiempo de servicios – y con ello se vulnera derechos constitucionales como el de la igualdad (art. 13), el trabajo (art. 25), la

protección a la tercera edad (art. 46), la seguridad social (art. 48), y la irrenunciabilidad a derechos laborales mínimos (art. 53). En consecuencia, inaplicará para el caso concreto lo dispuesto en el artículo 21 del decreto 1160 de 1989.”.

Así, como consecuencia de la inaplicación del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994 por las razones anotadas, no podría el ISS o la entidad encargada del reconocimiento de la pensión negarse a acumular los tiempos laborados por un trabajador en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. En ese entendido, una vez la entidad encargada de reconocer la pensión verifique el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 por parte del trabajador, como son: tener 60 años de edad y 20 años de servicios prestados en el sector público y privado, deberá proceder al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.

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.

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

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

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”[31].

Además de acumular tiempo, la Ley 100 de 1993 materializó la obligación de los aprovisionamientos mediante la inclusión de reglas sobre bonos pensionales, de lo cual se ocupará la Sala más adelante.

Lo anterior, permite afirmar 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 de semanas laboradas ante distintos empleadores.

4.4.4. Bonos pensionales. Normas aplicables. Reiteración de jurisprudencia

El sistema de bonos pensionales fue creado por la Ley 100 de 1993 para solucionar el inconveniente surgido de los trasladados de regímenes pensionales y/o del paso de una entidad gestora a otra[32]. En virtud de esta figura, “el interesado tiene derecho a que se efectúe un cálculo actuarial del universo de capital cotizado, para que la suma de todos esos dineros contribuyan a la conformación del gran capital necesario para financiar su pensión”. [33]

El artículo 115 de la Ley 100 de 1993 define los bonos pensionales como “aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”. El mismo artículo, señala quiénes tienen derecho a bono pensional, a saber:

“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:

- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren 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”.

En cuanto a las características que deben tener los bonos pensionales, el artículo 116 de la Ley 100 enumera las siguientes: “a) Se expresarán en pesos; b) Serán nominativos; c) Serán endosables en favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones; d) Entre el momento de la afiliación del trabajador y el de redención del bono, devengarán, a cargo del respectivo emisor, un interés equivalente a la tasa DTF, sobre saldos capitalizados, que establezca el Gobierno y, e) Las demás que determine el

Gobierno Nacional” (Subrayado fuera del texto)[34].

Por su parte, el artículo 118 de la Ley 100 diferencia 3 clases de bonos pensionales, entre los cuales se encuentran (i) los expedidos por la Nación; (ii) los expedidos por las Cajas, Fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a que se refiere el Capítulo III del Título IV, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementa con el nombre de la Caja, Fondo o Entidad emisora; y (iii) los expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementa con el nombre de la entidad emisora.

Ahora bien, pasando al tema de quién debe expedir los bonos pensionales, el artículo 119 de la Ley 100 de 1993 consagra que “éstos serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años”.

Por el contrario, “cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco (5) años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones, en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio”[35]. Para los casos señalados en el artículo 121 de la Ley 100 (cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional), “la Nación expedirá los bonos a cargo de tales entidades”[36].

En cuanto a las contribuciones para los bonos pensionales, el artículo 120 de la Ley 100 manifiesta que: “Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente. El factor de la cuota parte será igual al tiempo aportado o servido en cada entidad, dividido por el tiempo total de cotizaciones y servicios reconocido para el cálculo del bono”[37]. (Subrayado fuera del texto).

Para el caso en que la Nación deba expedir bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, el artículo 121 de la citada Ley 100 contempla que: “La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades”[38].

Ahora, dependiendo la circunstancia en la cual se encuentre inmersa la persona, existen diferentes tipos de bonos pensionales.

i) Bono pensional tipo A: “Se denominan bonos pensionales Tipo A, a aquellos títulos que se expiden a las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad”[39].

ii) Bono pensional tipo B: Los bonos pensionales tipo B son aquellos que “se expiden a favor de quienes se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o después de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”[40].

iii) Bono pensional tipo C: Conforme al artículo 2 de Decreto 816 de 2002, estos bonos pensionales son los “que de conformidad con este decreto deben recibir el fondo de previsión social del Congreso se denominaran tipo C”.

Por último, del artículo 122 de la Ley 100 se desprende la obligación de las Cajas, Fondos o Entidades del sector público que no hayan sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, de “destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan, mediante la constitución de patrimonios autónomos (...)”[41].

De otra parte, el párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 estipula que el cómputo de los tiempos de servicios prestados como servidores públicos no cotizados al ISS, solo será procedente “si el empleador o la caja, luego de efectuar el cálculo actuarial, trasladan a la entidad administradora de pensiones la suma correspondiente del trabajador afiliado,

suma que deberá estar representada por un bono o título pensional.”[42]

Esta disposición fue demandada y en sentencia C-177 de 1998, esta Corporación aclaró que la finalidad de la norma era constitucional pues “busca[ba] proteger los recursos acumulados por el sistema de seguridad social para el pago oportuno de las pensiones (Artículos 48 y 53 CP)”. Adicionalmente, sostuvo que la exigencia que hace la norma de trasladar las sumas actualizadas a la entidad encargada pretende evitar que la entidad a la que se afilia el trabajador reconozca y pague pensiones sin haber recibido los dineros necesarios para suministrar esa prestación, y de esta forma “prevenir desequilibrios en el sistema que puedan incluso afectar a los afiliados que han efectivamente cotizado a esa entidad.”

No obstante la exequibilidad de la norma acusada, la Corte entendió que:

“(…) una declaración de exequibilidad pura y simple de esa norma es constitucionalmente problemática ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados.

En efecto, no se puede olvidar que la Carta no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP arts 48 y 53). Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP arts 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.”

De manera que, para no imponer restricciones graves al trabajador al momento de pretender acceder a su pensión, la Corte expuso que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no era discrecional sino que constituía una obligación para ambas entidades. Quiere esto decir que “una vez un trabajador se afilia a una nueva EAP, surge el deber de la anterior caja, empresa o entidad de remitir inmediatamente los dineros, y correlativamente aparece la obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado de recibirlos, salvo que exista justa causa

comprobada para negarse”.[43]

Por otra parte, el inciso 3° del párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100, el cual fue adicionado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003[44], también fue estudiado por esta Corporación, en sentencia C- 1024 de 2004, concluyendo que “cuando el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 se refiere a los “fondos”, está comprendiendo dentro de esta denominación a todas las entidades públicas o privadas encargadas de administrar el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones. (...) Si bien el legislador optó por utilizar la palabra “fondos”, una interpretación sistemática de las disposiciones que regulan el régimen de pensiones en la ley de seguridad social, permite ratificar la posición de la Corte (...), en torno a la aplicabilidad del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a las entidades públicas de seguridad social, tales como, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) o el Seguro Social [sic].”

En ese entendido, ninguna entidad pública o privada que esté encargada de administrar el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones podrá aducir, para negarse al reconocimiento de una prestación pensional, que las diferentes cajas no les han expedido o reconocido el bono pensional o la cuota parte. Por tal razón, una vez se verifique que el trabajador ha acreditado los requisitos de semanas cotizadas o tiempo de servicios y edad exigidos por la ley, sin poder oponer que no se le ha expedido un bono pensional por otra entidad, deberá proceder al reconocimiento de dicha prestación.

4.5. INOPONIBILIDAD DE LA MORA PATRONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

De lo expuesto en precedencia, se puede extraer la importancia de la pensión de vejez para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de los adultos mayores. Así, para que surja la obligación de las entidades administradoras de pensiones de conceder esa prestación, deben concurrir los requisitos de edad y monto de cotizaciones previstos en la Ley. Respecto de éste último, “la ley determina que para el caso de los trabajadores dependientes, éstos están conformados por los porcentajes que corresponden pagar tanto al empleado como al empleador. Aparte de lo anterior, a este último le corresponde descontar del salario del trabajador el porcentaje a su cargo y reportar el pago a la entidad administradora de pensiones a la que

el trabajador se encuentre afiliado.[45]”[46]

Para esta Corporación, la mora o la omisión por parte del empleador en el pago de los aportes pensionales, “puede afectar el derecho a la seguridad social y al mínimo vital del empleado, como quiera que del pago oportuno que se realice depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales.”[47] Además, ha considerado inadmisibile[48] que se niegue la pensión a que tiene derecho el trabajador, ante el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, ya que a aquél se le deducen las sumas que le corresponden de su salario mensual y, por tanto, no debe soportar un grave perjuicio por una falla atribuible a su empleador.

Lo anterior, por cuanto la Ley 100 de 1993 otorga distintos mecanismos para que las administradoras de pensiones efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes. De manera que la negligencia en el uso de dichos instrumentos no puede servir como argumento para negar el reconocimiento y pago de una pensión, en la medida que ello implica que el trabajador soporte las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales de su empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes.

Al respecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Por su parte, los artículos 23 y 24 de la citada ley estatuyen determinados mecanismos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro al empleador. Así mismo, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999 establecen los plazos para presentar los aportes, y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de

1993, consagra acciones para el cobro.

Así las cosas, la mora o la omisión del empleador en el pago de los aportes no es oponible al trabajador al momento de reclamar su pensión, es decir, no puede alegarse como justificación a la negativa de la prestación reclamada. Como se expuso, las entidades administradoras de pensiones tienen la potestad y los instrumentos necesarios para exigir al empleador la cancelación de los aportes, por lo tanto, no pueden trasladar su negligencia ni las consecuencias de la misma al trabajador, a quien se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, siendo así, una víctima de esa situación[49].

4.6. EXAMEN DEL CASO CONCRETO

4.6.1. En el presente asunto, el señor Macario Calderón Pantoja solicitó al Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- el reconocimiento de la pensión de vejez, por considerar que cumplía los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, de conformidad con el resumen de semanas cotizadas a él entregado[50], en el que consta que cuenta con 778.86 semanas.

No obstante, el Instituto de Seguros Sociales, mediante resolución No. 128072 de noviembre de 2011,[51] negó el reconocimiento del derecho, por considerar que no acreditaba los requisitos exigidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 ya que “luego de efectuar la imputación de pagos prevista en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, modificado por el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999 y por el artículo 9 del Decreto 510 de 2003, por cuanto existen periodos no cancelados y otros cancelados extemporáneamente sin que se haya pagado el interés respectivo, se establece que el asegurado cotizó a este Instituto de forma interrumpida un total de 544 semanas, desde su ingreso el 09 de noviembre de 1970 hasta el 31 de diciembre de 1994”.

4.6.2. Por ello, es necesario determinar si se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para que la Sala de Revisión se pronuncie sobre la pensión de vejez del señor Macario Calderón Pantoja.

El primer requisito, relacionado con la condición de tratarse de sujetos de especial de protección constitucional, es evidente que se trata de una persona más de 74 años de edad,

que en la actualidad no trabaja y no percibe una fuente de ingresos propia, que le permita cubrir sus gastos y los de su compañera.

El segundo requisito, que se vulnere o amenace un derecho fundamental, se advierte que la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez vulneró los derechos fundamentales del actor al mínimo vital y a la seguridad social.

El tercer requisito, que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada, se comprobó que en este caso, el actor aunque no controvertió la resolución que negó el reconocimiento de la pensión de vejez, sí refutó la que reconoció la indemnización sustitutiva de la misma, cumpliendo de esta manera el presupuesto.

Finalmente, el cuarto requisito exige que se acrediten siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. En este punto, resalta la Sala que el señor Macario Calderón Pantoja es un adulto mayor, de escasos recursos y los mecanismos de defensa ante la jurisdicción ordinaria no serían eficaces para lograr la protección de sus derechos, por tanto, esa exigencia resultaría desproporcionada dadas las condiciones personales del actor.

Encontrándose cumplidos los presupuestos fijados por la jurisprudencia, la Sala procede a analizar el fondo del asunto puesto a su consideración.

4.6.3. A efectos de resolver el primer problema jurídico planteado y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se observa que el actor, Macario Calderón Pantoja nació el 20 de octubre de 1940[52], en tal virtud, para el 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, por lo que en principio, sería beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, es pertinente recordar que el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 Superior, dispuso que dicho régimen no puede aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, excepto en aquellos casos en los que el beneficiario del mismo tenga cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de ese Acto Legislativo.

4.6.4. En ese sentido, es preciso establecer si el accionante es beneficiario del régimen de transición. Para el efecto, se observa que en el primer resumen de semanas cotizadas por el empleador al ISS (antes de realizar la imputación de pagos), se reportan un total de 778.86 semanas cotizadas durante su vida laboral, al 31 de diciembre de 1994, fecha anterior al límite impuesto por el Acto Legislativo, lo que permite comprobar que efectivamente el señor Macario Calderón Pantoja es beneficiario del régimen de transición y por tanto, le permite acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros y requisitos del régimen anterior al cual estaba afiliado, es decir el Decreto 758 de 1990, el cual exige, en su artículo 12, para el reconocimiento de la pensión de vejez el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

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

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

4.6.5. Al respecto, esta Sala de Revisión encuentra que aunque el peticionario es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que a la fecha de entrar en vigencia el sistema general de pensiones (1° de abril de 1994) tenía más de cuarenta (40) años de edad; y de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas (historia laboral) a Colpensiones allegada al expediente, el señor Calderón Pantoja tenía cotizadas 778.86 semanas, luego de la imputación de pagos por existir períodos no cancelados y algunos cancelados de forma extemporánea, el número se redujo a 544 semanas cotizadas.

Frente a este último supuesto fáctico, encuentra la Sala que el incumplimiento de los requisitos legales, alegado por la entidad accionada, no se deriva de la falta de cotización por parte del afiliado, sino de factores que no le son imputables, a saber: (i) la mora de su empleador en el pago completo de las cotizaciones; y, (ii) la indebida imputación de pagos por parte de la administradora a los periodos en mora.

Aunque al expediente no se anexa el reporte de imputación de pagos del afiliado, motivo por el cual no se puede establecer si los pagos fueron efectivamente recibidos por Colpensiones en el ciclo declarado y distribuido para cubrir los períodos debidos, la Sala observa que las semanas que aparecen cotizadas en el Resumen de Semanas Cotizadas por Empleador (778.86) se reducen considerablemente luego de realizar tal operación (544)[53]. En efecto, en el último reporte de semanas cotizadas actualizado a julio 7 de 2014, se observa que se inicia desde el 9/11/1970 hasta el 24/03/1971, echándose de menos los aportes correspondientes a los periodos comprendidos entre el 20/08/1967 al 29/01/1968; 01/03/1969 al 01/06/1969 y 01/12/1969 al 09/02/1970, relacionadas en el primer informe entregado al actor.

De manera que, con los documentos allegados es evidente que en el presente caso Colpensiones utilizó los pagos realizados por los distintos empleadores del señor Macario Calderón Pantoja para cubrir periodos en mora, sin manifestar ni demostrar que actuó de manera diligente para obtener el pago de los mismos, haciendo impugnabile el traslado que de la mora del empleador hace al actor.

4.6.6. Como se expuso en precedencia, tanto la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios como la jurisprudencia de esta Corte, son claras al señalar que en caso de mora del empleador es deber de la administradora de pensiones, en este caso Colpensiones, utilizar los mecanismos legales que están a su disposición para exigir el pago de los aportes al empleador moroso e imponer las sanciones correspondientes. Sobre el particular, en la sentencia T-956 de 2012[54] indicó lo siguiente:

“En cuanto a las funciones y facultades de las Administradoras de Pensiones, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, artículo 98 de la Ley 488 de 1998, el Decreto 1295 de 1994, artículo 828 del Estatuto Tributario, y los artículos 68 y 59 del Código Contencioso Administrativo, indican que le corresponde al ISS ejercer las respectivas gestiones de cobro contra el empresario moroso para obtener el pago de los aportes pendientes, tema abordado por la Corte Constitucional en la sentencia C-177/98, donde se dijo que:

En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de

que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad. Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”.

4.6.7. En este contexto, la entidad accionada no puede trasladar los efectos negativos de la mora del empleador y el incumplimiento de sus obligaciones como administradora de pensiones a la parte más débil de la relación, justificando el no reconocimiento de la pensión en la existencia de periodos no cancelados o cancelados extemporáneamente, los cuales se presumen trabajados por el accionante. Así, de haber acudido a los mecanismos legales para efectuar el cobro de los períodos en mora, no se hubiera reducido el número de semanas cotizadas e informadas en una primera ocasión y el señor Calderón Pantoja hubiera accedido a la prestación solicitada.

Por tal razón, encuentra la Sala que la desidia en el cobro de los aportes adeudados por parte de Colpensiones, la cual produjo la reducción de semanas trabajadas y efectivamente cotizadas, único argumento para negar la solicitud de pensión de vejez del señor Macario Calderón Pantoja, vulneró sus derechos fundamentales y el principio de confianza legítima que éste mantenía frente a la entidad encargada de administrar los aportes producto de su trabajo por varios años.

4.6.8. De otra parte, observa esta Sala que la anterior actuación dio origen a otra posterior que mantiene la afectación de los derechos fundamentales invocados por el accionante, en la medida que se reconoció la indemnización sustitutiva – de por sí, improcedente en virtud del cumplimiento del actor de los requisitos para acceder a la pensión – con base en el cálculo de semanas (544) arrojado luego de realizar la imputación de pagos de los períodos en mora o cancelados extemporáneamente.

En efecto, el contenido de la Resolución 128072 de 2011, mediante la cual se le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, condujo a que la accionante aceptara que en su lugar, se le pagara una indemnización sustitutiva en perjuicio de la buena fe en la entidad y

la confianza legítima que le proporcionaba el resumen de semanas cotizadas expedido en una primera oportunidad en el que constaban 778.86 semanas, toda vez que esta última prestación se reconoció con base en un total de 544 semanas establecidas luego de operaciones internas de Colpensiones.

Sobre este particular, caben las consideraciones expresadas previamente relacionadas con la no convalidación de la actuación desarrollada por Colpensiones, en la medida que no puede someterse al actor – ni a los ciudadanos en general – a asumir las consecuencias de los problemas y yerros administrativos que presentan las entidades en eventos como el actualmente analizado.

4.6.9. Bajo este contexto, las actuaciones desplegadas por Colpensiones –la primera, al desconocer la prestación reclamada por parte del accionante y la segunda, la liquidación de la indemnización sustitutiva sobre la base de 544 semanas – para esta Sala de Revisión constituyen una carga desproporcionada y obstaculizan el disfrute del actor, persona adulta de 74 años de edad, perteneciente al nivel I del Sisbén, de sus derechos fundamentales a una vida digna y a la seguridad social al no permitir que disponga de los recursos mínimos que le corresponden para llevar una vejez tranquila y autosuficiente.

4.6.10. En este entendido, al existir elementos importantes para que esta Corporación proceda a restablecer los derechos vulnerados al actor, la Sala es competente para pronunciarse sobre la petición de reconocimiento de la pensión de vejez del señor Calderón Pantoja. Para ello, se tendrá en cuenta la información contenida en el informe de semanas cotizadas visible a folio 13 del expediente y en la Resolución 128072 de 2011, visible a folio 14, en la cual la entidad reconoce que como consecuencia de la imputación de pagos, las semanas cotizadas se reducen a 544.

Como se indicó anteriormente, el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y según reporte del ISS, hoy Colpensiones, cotizó hasta el 31 de diciembre de 1994 un total de 778.86 semanas, razones suficientes para que al señor Macario Calderón Pantoja se le conceda el amparo solicitado y se restablezcan sus derechos afectados con las actuaciones de Colpensiones.

En ese orden de ideas, la Sala de Revisión Séptima ordenará a Colpensiones que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) horas, contados a partir de la

notificación del presente fallo, expida un acto administrativo en el que reconozca y pague una pensión de vejez al señor Macario Calderón Pantoja, desde el momento en que ésta fue causada, de conformidad a lo expuesto en esta sentencia, sin perjuicio de los descuentos a que haya lugar por el pago de la suma indicada en la Resolución 737316 de 2012, mediante la cual se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

4.7. CONCLUSIONES

4.7.1. De conformidad con lo expuesto, en esta oportunidad la desidia en el cobro de los aportes adeudados por el empleador del accionante, por parte de Colpensiones, produjo la reducción de semanas trabajadas y efectivamente por él cotizadas y se constituyó en el único argumento para negar la solicitud de pensión de vejez del señor Macario Calderón Pantoja, situación que vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y el principio de confianza legítima que éste mantenía frente a esta entidad, encargada de administrar los aportes producto de su trabajo por varios años

Así, en este escenario para esta Sala Colpensiones no puede trasladar los efectos negativos de la mora del empleador y el incumplimiento de sus obligaciones como administradora de pensiones al trabajador y justificar el no reconocimiento de la pensión solicitada por Macario Calderón Pantoja en la existencia de periodos no cancelados o cancelados extemporáneamente, los cuales se presumen trabajados por el accionante. Por lo tanto, si Colpensiones hubiera acudido oportunamente a los mecanismos legales para efectuar el cobro de los períodos en mora, no se hubiera reducido el número de semanas cotizadas e informadas en una primera ocasión y el señor Calderón Pantoja hubiera accedido a la prestación solicitada.

4.7.2. De esta manera, se reitera que las actuaciones desplegadas por Colpensiones –la primera, al desconocer la prestación reclamada por parte del accionante y la segunda, la liquidación de la indemnización sustitutiva sobre la base de 544 semanas – constituyen una carga desproporcionada y obstaculizan el disfrute del actor, persona adulta de 74 años de edad, perteneciente al nivel I del Sisbén, de sus derechos fundamentales a una vida digna y a la seguridad social.

4.7.3. Teniendo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que según reporte del ISS, hoy Colpensiones, cotizó hasta el

31/12/1994 un total de 778.86 semanas y, que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para conceder el reconocimiento de la pensión de vejez, se concederá el amparo solicitado y se restablecerán los derechos afectados del señor Macario Calderón Pantoja.

4.7.4. Con base en lo expuesto, esta Sala de Revisión revocará la decisión de tutela adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 24 de marzo de 2015, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 11 de febrero de 2015, mediante el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela de la referencia. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales del señor Macario Calderón Pantoja.

En ese orden de ideas, la Sala de Revisión Séptima ordenará a Colpensiones que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) horas, contados a partir de la notificación del presente fallo, expida un acto administrativo en el que reconozca y pague una pensión de vejez al señor Macario Calderón Pantoja, desde el momento en que ésta fue causada, de conformidad a lo expuesto en esta sentencia, sin perjuicio de los descuentos a que haya lugar por el pago de la suma indicada en la Resolución 737316 de 2012, mediante la cual se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de tutela adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 24 de marzo de 2015, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 11 de febrero de 2015, mediante el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela de la referencia. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del señor Macario Calderón Pantoja.

SEGUNDO.- ORDENAR a Colpensiones que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas (48) horas, contados a partir de la notificación del presente fallo, expida un acto administrativo en el que reconozca y pague una pensión de vejez al señor Macario Calderón Pantoja, desde el momento en que ésta fue causada, de conformidad a lo expuesto en esta sentencia, sin perjuicio de los descuentos a que haya lugar por el pago de la suma indicada en la Resolución 737316 de 2012, mediante la cual se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

TERCERO.- Por Secretaría General LIBRAR las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ALBERTO ROJAS RÍOS

A LA SENTENCIA T-483 DE 2015

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Se debió establecer si el accionante tenía derecho al régimen de transición (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente: T-4.926.332

Acción de tutela interpuesta por Macario Calderón Pantoja contra Colpensiones.

Magistrado Ponente:

Jorge ignacio pretelt CHALJUB

Con el respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, hago explícitas las razones que me conducen a aclarar el voto respecto de la presente providencia judicial:

Comparto el sentido del fallo adoptado, en el sentido de amparar los derechos fundamentales del señor Mario Calderón Pantoja, y en consecuencia, ordenarle a Colpensiones que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, expida un acto administrativo en el que le reconozca y pague una pensión de vejez. Lo anterior por cuanto, como se explica en el texto de la sentencia, el peticionario probó: (i) ser beneficiario del régimen de transición, en los términos de la Ley 100 de 1993; (ii) encontrarse en una situación de debilidad manifiesta; y (iii) la ocurrencia de una mora patronal en ciertas cotizaciones.

Las razones de mi disenso, con algunos aspectos de la parte motiva del fallo, son las siguientes:

1. El planteamiento del problema jurídico.

En el texto de la sentencia se consigna el siguiente problema jurídico:

“En primer lugar, si Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y el principio de confianza legítima, al negar el reconocimiento de la pensión solicitada por el accionante, por considerar que éste no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que el actor procedió de acuerdo con lo informado en la relación de semanas cotizadas al sistema expedida por la entidad, en la cual constaban un total de

778.86.

En segundo lugar, y como consecuencia del reconocimiento de la indemnización sustitutiva se deberá establecer si la negativa de reliquidar dicha prestación reconocida con base en las 544 semanas señaladas por la entidad como cotizadas, afecta los derechos invocados”.

Adviértase que, por ninguna parte, se planteó lo referente a si el peticionario tenía derecho al régimen de transición. Tal omisión es grave por cuanto, al final, el amparo procedió por tal razón.

2. Estructura del proyecto.

En la sentencia se abordaron los siguientes temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales; (ii) seguridad social en pensiones con anterioridad y posterioridad a la Ley 100 de 1993; (iii) bonos pensionales; (iv) inoponibilidad de la mora patronal para el reconocimiento de la pensión de vejez; y (v) examen del caso concreto.

Nótese que, por una parte, se abordaron algunos temas irrelevantes para la solución del caso concreto (i.e. bonos pensionales); y por el otro, lo referente al régimen de transición careció de todo desarrollo.

3. Ratio decidendi.

Una decisión judicial en la cual el problema jurídico está mal planteado, carece de una ratio decidendi adecuada. En efecto, siempre debe existir una coherencia lógica, propia de las ciencias exactas, entre: (i) los hechos probados; (ii) el problema jurídico; (iii) la ratio decidendi (regla judicial) y (iv) la decisión adoptada.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

[2] Sentencia T-127 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- [3] Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia T-433 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- [4] Sentencia T-110 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.
- [5] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [6] Esta línea jurisprudencial está compuesta, por las Sentencias T-651 de 2009 M.P, Luis Ernesto Vargas Silva; T-702 de 2008 M.P, Manuel José Cepeda Espinosa; T-681 de 2008 M.P, Nilson Pinilla Pinilla; T-607 de 2007 M.P, Nilson Pinilla Pinilla.
- [7] Sentencia T-127 de 2012. M.P, Luis Ernesto Vargas Silva.
- [8] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- [9] En la Sentencia T-748 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se hace un breve recuento sobre la finalidad de estos instrumentos internacionales.
- [10] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [11] 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.
- [12] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [13] Sentencias T-232 del 31 de marzo de 2011 y T-719 del 23 de septiembre de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- [14] 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.
- [15] Artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, Derogados por la Ley 100 de 1993.
- [16] Ver el Decreto 2196 de 2009.
- [17] Los artículos 21 y siguientes regularon además el funcionamiento de las instituciones de previsión que ya existían. En este sentido, el artículo 21 señaló: “Las instituciones de

previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente Ley se crea, o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados u obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones”.

[18]“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”.

[19] “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.”

[20]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”.

[21]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”.

[22] 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.”

[23] 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”.

[24] 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.”

[25] 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.”

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

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

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

[29] Sentencia del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado; C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[30] C.P. Alberto Arango Mantilla.

[31] El literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el trascrito, retomaron lo contemplado en el artículo 7º 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”.

[32] El traslado entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, o de una entidad gestora a otra, implica traslado o conservación de aportes, ahorros y capitales, situación frente a la cual se venían presentando un sinnúmero de problemas administrativos a la hora de determinar el monto que debía ser aportado por cada entidad, para contribuir a la pensión de un reclamante. Para solucionar este inconveniente, la Ley 100 de 1993 creó la figura del bono pensional, que como ya se dijo, es un título valor correspondiente a los aportes para pensión que un afiliado haya realizado a una administradora del Régimen de

prima media con solidaridad como el ISS, cajas o fondos del sector público, antes de trasladarse a una administradora de fondos de pensiones de ahorro individual. El bono pensional se utiliza como parte del capital para pensión, que sumado al saldo de la cuenta de ahorro individual, conforman dicho derecho pensional.

[33] Sentencia T-748 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[34] Con relación al valor de los bonos pensionales, el artículo 117 de la Ley 100 preceptúa que se deben calcular así: “a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes: 45%, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de quince salarios mínimos legales mensuales. Una vez determinada la pensión de referencia, los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y para sobrevivientes, a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

En todo caso, el valor nominal del bono no podrá ser inferior a las sumas aportadas obligatoriamente para la futura pensión con anterioridad a la fecha en la cual se afilie al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. El Gobierno establecerá la metodología, procedimiento y plazos para la expedición de los bonos pensionales.

PARÁGRAFO 1o. El porcentaje del 90% a que se refiere el inciso quinto, será del 75% en el caso de las empresas que hayan asumido el reconocimiento de pensiones a favor de sus trabajadores.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de Caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE.

PARÁGRAFO 3o. Para las personas que ingresen por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992, el bono pensional se calculará como el valor de las cotizaciones efectuadas más los rendimientos obtenidos hasta la fecha de traslado”.

[35] Ibídem.

[36] Ibídem,

[37] Artículo 120 de la Ley 100 de 1993.

[38] Artículo 121 de la Ley 100 de 1993: “Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha”.

[39] Decreto ley 1299 de 1994.

[40]Decreto ley 1314 de 1994.

[41] La Nación podrá subrogar las obligaciones de que trata este artículo, para asegurar el pago de las mismas a los beneficiarios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

los afiliados a las entidades del régimen de prestación definida, cuando la entidad tenga incapacidad temporal para asumirlas, en las condiciones que se establezcan para el efecto.

[43] Sentencia T-543 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto.

[44] “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.”

[45] Artículos 17 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

[46] Sentencia T-726 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

[47] Sentencia T-940 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[48] Cfr. T-334 de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-1103 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett;; T-702 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-387 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[49] Cfr. T-165 de febrero 27 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, donde se indicó: “Sea porque el empleador no descontó las semanas del salario del trabajador, o bien porque habiéndolas descontado, nunca las trasladó al Instituto, en todo caso, la responsabilidad por estas semanas no recae sobre el actor”.

[50] Ver folio 13 del cuaderno principal.

[51] Ver folios 14 -15 del cuaderno principal.

[52] Información contenida en la Resolución 128072 de noviembre de 2011 del ISS. En el expediente no se observa fotocopia del documento de identidad.

[53] Ver folio 23 del cuaderno principal.

[54] M.P. Mauricio González Cuervo.