

T-492-13

Sentencia T-492/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO POR INTERPRETACION ERRONEA O IRRAZONABLE DE LA NORMA- Hipótesis en las cuales puede incurrir la autoridad judicial

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No se desconoció jurisprudencia

PENSION DE VEJEZ-Jurisprudencia sobre obligación del empleador de realizar aprovisionamiento de dinero para el pago de aportes de sus trabajadores al ISS cuando esta entidad asumiera riesgos de invalidez, vejez y muerte

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Tribunal no vulneró debido proceso en pensión de vejez por no existir jurisprudencia unánime de las Salas de Revisión

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

SISTEMA DE PENSIONES EN COLOMBIA-Desarrollo de la seguridad social

La Sala evidencia que desde una perspectiva histórica normativa, el régimen de la seguridad social que se previó desde la expedición de la Ley 90 de 1946, no significó la desaparición del sistema de las prestaciones patronales, pues, como se reseñó en su exposición de motivos, la transición al sistema de aportes debía partir de reconocer la imposibilidad física de implementarlo de inmediato en todo el territorio nacional.

SISTEMA DE PENSIONES EN COLOMBIA-Aplicación del principio de solidaridad

REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA PENSIONAL-Desarrollo legal y jurisprudencial

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

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA PENSIONAL-Se ordena a Bancolombia que pague a Colpensiones el 75% de la suma que se establezca y se insta al demandante para que cancele el 25% restante para obtener pensión de vejez

Referencia: Expediente T-3.836.879.

Acción de tutela instaurada por Cristóbal Bermúdez Oyuela, a través de apoderado, contra la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil trece (2013).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de diciembre de 2012, y por la Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutelas No. 2, de la misma Corporación, el 27 de febrero de 2013, dentro del proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos

1.1. El señor Cristóbal Bermúdez Oyuela nació el 24 de mayo 1951, y laboró para diferentes empleadores entre el 21 de octubre de 1972 y el 31 de enero de 2013, realizando aportes para pensión mientras trabajaba para algunos de ellos, como se sintetiza en el siguiente cuadro:

Empleador

Períodos laborados

Aportes al ISS

Bancolombia

21/10/1972 a 10/05/1977

No

Textiles Miratex S.A.

16/06/1979 a 01/04/1980

Si

Editora Gustavo Gili Ltda.

13/10/1980 a 17/06/1989

Si

Planeta Colombiana Editorial S.A.

23/08/1989 a 31/07/1995

Si

Independiente

01/05/2009 a 31/01/2013

Si

1.2. El día 24 de marzo de 2011, el accionante instauró demanda laboral en contra del Instituto de Seguros de Sociales (en adelante ISS) y de Bancolombia[1], pretendiendo que se le ordenara a la administradora de pensiones realizar el cálculo actuarial de los aportes pensionales correspondientes a los períodos que laboró para la entidad bancaria entre el 21 de octubre de 1972 y el 10 de mayo de 1977, en el municipio de Puerto Boyacá; y que con base en el mismo, se requiriera al banco para que pagara las sumas por aportes dejadas de cancelar en su debido momento, con el fin de que éstas fueran tenidas en cuenta para acceder a la mesada de vejez.

Para sustentar sus pretensiones, el demandante adujo que Bancolombia omitió de manera injustificada realizar los aportes correspondientes a pensiones, a pesar de encontrarse obligado, toda vez que el ISS fue creado en el año 1967, es decir antes de que se suscribiera el contrato laboral entre la mencionada entidad financiera y el accionante.

De igual manera, explicó que según el literal d) del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, al momento de realizar el computo de semanas para acceder a la pensión de vejez, se debe tener en cuenta el tiempo de servicio laborado para empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. Asimismo, justificó su posición en los decretos 3041 de 1966 y 758 de 1990, en el Preámbulo y en el artículo 35 la Ley 100 de 1993, así como en el artículo 48 de la Constitución.

1.3. El ISS se opuso a las pretensiones del actor[2], señalando que no se agotó la

reclamación administrativa respectiva y que en sus bases de datos no obra afiliación del accionante en las fechas que trabajó para Bancolombia.

A su vez, el referido banco solicitó declarar infundadas las solicitudes del demandante[3], ya que para la época en que se desarrolló el contrato laboral no existía cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el municipio de Puerto Boyacá, por lo que no era posible afiliarlo y mucho menos realizar cotizaciones.

1.4. Por reparto, el asunto le correspondió al Juzgado Veintinueve Laboral de Oralidad de Bogotá, quien mediante providencia del 29 de marzo de 2012[4], accedió a las pretensiones del demandante, ordenando al ISS realizar el cálculo actuarial correspondiente al dinero que debió aprovisionar la entidad financiera por el período en que el actor laboró para Bancolombia con el objetivo de garantizar su pensión de vejez. Igualmente, condenó a esta última a pagar las sumas que determinará la administradora de pensiones como adeudadas.

Dichas determinaciones se sustentaron en que se encontraba probado que el demandante había realizado la respectiva reclamación administrativa, al elevar los correspondientes derechos de petición ante las accionadas y en que según los precedentes tanto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, era obligación de las empresas realizar las reservas respectivas para asegurar la pensión de vejez de sus empleados, aunque no hubieran sido llamados a afiliarlos al ISS.

Concretamente, el fallo determinó que era aplicable a las circunstancias del caso el precedente establecido en las sentencias 36268 de 2010 y 37757 de 2012 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y T-784 de 2010[5] de esta Corporación, en las cuales se realizó una interpretación de la Ley 90 de 1946 y de la Ley 100 de 1993, que respaldaba la tesis acogida en la providencia.

1.5. Bancolombia apeló la decisión[6], señalando que conforme a los artículos 5° y 7° del Decreto Ley 433 de 1971 y a la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no existía obligación de realizar reserva alguna por concepto pensional en casos como el analizado, puesto que al no existir cobertura del ISS, las empresas no tenían el deber de aprovisionar las sumas correspondientes a las futuras cotizaciones, ya que debían asumir el riesgo de vejez conforme a las normas vigentes del

Código Sustantivo del Trabajo.

1.6. A través de sentencia del 22 de junio de 2012[7], la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la providencia de primer grado, argumentando que no existía obligación de Bancolombia de realizar los aportes para pensiones de las personas que trabajaban en el municipio de Puerto Boyacá para la época en la que laboró el accionante, toda vez que las sucursales bancarias de dicha ciudad sólo fueron llamadas a inscripción por el ISS hasta el 17 de septiembre de 1992.

Al respecto, la Corporación señaló que dicha posición jurídica se sustentaba en la interpretación literal y sistemática de las leyes 90 de 1946 y 100 de 1993, la cual ha sido respaldada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-506 de 2001[8] y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los fallos del 7 de septiembre de 2010 y del 31 de enero de 2012. La Magistrada María del Carmen Chaín López salvó el voto, señalando que debió confirmarse la sentencia de primera instancia, en tanto desplegó una hermenéutica de las normas aplicables al caso, conforme a los postulados y principios de la Constitución. En ese orden, consideró que existía un deber de aprovisionamiento de los empleadores con el fin de asegurar las sumas monetarias necesarias para garantizar la pensión de jubilación de sus trabajadores.

1.7. El apoderado del accionante instauró el recurso extraordinario de casación, solicitud que fue denegada por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, teniendo en cuenta que no se cumplía con el requisito de la cuantía, en tanto el cálculo actuarial elaborado por la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial determinó que el monto de las pretensiones era de \$61.801.032, suma que no superaba los 120 salarios mínimos legales mensuales necesarios según artículo 43 de la Ley 712 de 2001[9].

## 2. Demanda y pretensiones

2.1. El señor Cristóbal Bermúdez Oyuela, a través de apoderado[10], instauró acción de tutela contra la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social[11].

2.2. La parte actora indicó que la presunta violación ocurrió cuando la Corporación demandada revocó la sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario laboral que inició contra Bancolombia y el ISS, desconociendo la interpretación constitucionalmente más favorable de las normas aplicables al caso.

2.3. En efecto, explicó que en la providencia de segundo grado, el Tribunal consideró erradamente que la entidad financiera demandada no se encontraba en la obligación de realizar las reservas dinerarias pertinentes para garantizar su pensión de vejez, dado que para la época en que se desarrolló la relación laboral el ISS no tenía cobertura en el municipio de Puerto Boyacá, cuando conforme a una hermenéutica razonable de los postulados de la Carta, de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 72 de la Ley 90 de 1946 y 12 de Ley 6 de 1945, existía el deber de aprovisionar los montos necesarios para asegurar una futura mesada. Al respecto, mencionó que tal determinación desconoce el precedente establecido en la Sentencia T-784 de 2010 de la Corte Constitucional, el cual es aplicable a su caso.

2.4. Por lo anterior, solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales, se dejara sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal, para que quedara en firme la providencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda laboral presentada el 24 de marzo de 2011.

### 3. Contestación de las accionadas

#### 3.1. Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

La Magistrada Ponente de la decisión reprochada señaló que el fallo fue adoptado con base en los presupuestos probatorios, legales y jurisprudenciales aplicables al asunto[12], por lo que no se desconocieron los derechos del accionante. Así, explicó que la determinación de la Sala siguió las interpretaciones de la Ley 90 de 1946 y del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, expuestas por la Corte Constitucional en las sentencias C-506 de 2001[13], T-890 de 2011[14] y T-205 de 2012[15], y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 7 de septiembre de 2010 (Rad. 36280).

#### 3.2. Instituto de Seguros Sociales

El Jefe de la Unidad de Procesos de la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales pidió no acceder a las pretensiones del actor[16], ya que la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional, por lo que sólo procede cuando existe una vía de hecho, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues las decisiones reprochadas son legales y conforme a derecho.

### 3.3. Terceros vinculados al proceso de tutela

A pesar de ser vinculados al presente trámite, mediante Auto del 23 de noviembre de 2012 proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Bancolombia, Colpensiones S.A. y el Juzgado Veintinueve Laboral de Oralidad de Bogotá no se pronunciaron sobre la acción[17].

## II. TRÁMITE PROCESAL

### 1. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 4 de diciembre de 2012[18], la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo solicitado, considerando que el accionante no agotó los mecanismos judiciales disponibles dentro del proceso ordinario laboral. Así, señaló que no se interpuso el recurso de queja contra la decisión que no concedió la casación.

### 2. Impugnación

El accionante impugnó el fallo[19], explicando que no instauró el recurso de queja, ya que el Tribunal había negado la solicitud de casación por no acreditarse el requisito de la cuantía. Además, señaló que la acción de tutela es procedente, porque se satisfacen todos los requisitos de procedibilidad consagrados en la Sentencia C-590 de 2005 y se configura un defecto sustantivo, en la medida que se desconoció la interpretación normativa de la Ley 100 de 1993 establecida por la Corte Constitucional en las Sentencias T-784 de 2011 y T-125 de 2012.

### 3. Sentencia de segunda instancia

Mediante Sentencia del 27 de febrero de 2013[20], la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la providencia,

argumentando que la decisión reprochada no es arbitraria o caprichosa, sino que se encuentra basada en las normas que rigen la materia laboral, sustentándose en argumentos razonables a partir de los hechos probados y la normatividad aplicable al caso.

#### 4. Actuaciones en sede de revisión

4.1. El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, mediante Auto del 15 de abril de 2013[21].

4.2. Mediante Auto del 30 de mayo de 2013[22], el Magistrado Sustanciador solicitó al Juzgado Veintinueve Laboral de Oralidad de Bogotá en calidad de préstamo el expediente contentivo del proceso ordinario laboral número 2011-00199-01, iniciado por Cristóbal Bermúdez Oyuela en contra de Bancolombia S.A. y del Instituto de Seguro Sociales.

En respuesta de dicho proveído, el día 7 de junio de 2013, el funcionario judicial remitió el expediente laboral del proceso iniciado por Cristóbal Bermúdez Oyuela contra Bancolombia y el Instituto de Seguro Sociales.

### III. CONSIDERACIONES y fundamentos

#### 1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política[23].

#### 2. Metodología de análisis

Al dirigirse el amparo contra una providencia judicial, corresponde a la Sala analizar, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela y luego, de ser necesario, si se configura alguna causal específica de procedencia que haga imperioso el amparo de los derechos fundamentales.

#### 3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

3.1. La Corte Constitucional ha sostenido que por regla general, el recurso de amparo no procede contra providencias judiciales, puesto que: (i) estas son el escenario habitual de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales; (ii) de ellas se predica el

efecto de cosa juzgada, el cual es garantía de la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado democrático; y (iii) están amparadas por el principio de respeto a la autonomía e independencia de los jueces[24].

3.2. Sin embargo, este Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, toda vez que eventualmente podrían desbordar el marco de la juridicidad, y por esta vía afectar derechos fundamentales. En consecuencia, se ha explicado que procede contra providencias en aquellos casos en que las mismas vulneren o pongan en peligro prerrogativas constitucionales. Para ello, se han determinado una serie de requisitos de procedibilidad de carácter general, y unas causales específicas.

3.3. Respecto de los requisitos generales, esta Corporación ha estimado que el funcionario judicial debe constatar que: (a) el asunto tenga relevancia constitucional; (b) el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (c) la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (d) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales; (e) el accionante identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (f) el fallo impugnado no sea de tutela.

3.4. Frente a las causales específicas, esta Colegiatura ha caracterizado los siguientes defectos: (i) orgánico, (ii) sustantivo, (iii) procedimental, (iv) fáctico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente constitucional y (viii) violación directa a la Constitución[25].

#### 4. Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad

La Sala considera que la presente acción de tutela satisface los requisitos generales de procedibilidad, a saber:

4.1. El asunto en estudio tiene relevancia constitucional, puesto que decide sobre la posible vulneración del núcleo básico de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

4.2. Asimismo, se entiende cumplida la exigencia del agotamiento de los recursos, en la medida en que la accionante alega la configuración de un vicio en el fallo de segunda instancia, frente al cual no procede ningún mecanismo judicial ordinario o extraordinario.

Específicamente, el recurso de casación no es viable, ya que el asunto en cuestión no cumple con el requisito de la cuantía al tenor del artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues las pretensiones de la demanda ordinaria laboral equivalen a \$61.801.032[26], suma que no supera los 120 salarios mínimos legales mensuales que exige la norma[27].

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que el peticionario debió agotar el recurso de queja contra la providencia que denegó su solicitud de casación. Sin embargo, dicho instrumento judicial no era idóneo en esta oportunidad, pues como lo explicó el actor, la negativa para acceder a tramitarlo fue el incumplimiento del presupuesto de la cuantía, circunstancia que fue establecida por el grupo liquidador de actuarios de la Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial, que elaboró el calculo actuarial respectivo.

En ese orden de ideas, interponer dicho instrumento procesal desconocería los principios de lealtad y colaboración con la recta y eficaz administración de la justicia, por cuanto se tiene plena certeza de que no está llamado a prosperar por cuestiones formales, como lo es no cumplir con el tope económico requerido para que sea concedido el mismo.

Por otra parte, tampoco es posible acceder al recurso extraordinario de revisión, puesto que no existen evidencias de que se configuren los presupuestos establecidos en los artículos 30 y siguientes de la Ley 712 de 2001.

4.3. Igualmente, la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, ya que se instauró aproximadamente cinco meses después de proferida la providencia reprochada y tres meses de expedido el auto que no accedió a tramitar el recurso de casación. En efecto, la sentencia controvertida data del 22 de junio de 2012, el auto del 23 de agosto y el amparo se presentó el 22 de noviembre.

4.4. El requisito de que la irregularidad procesal tenga incidencia en la decisión no es aplicable en la presente oportunidad, pues se debate la configuración de un defecto

sustantivo y el desconocimiento del precedente constitucional.

4.5. La carga de identificar, de manera razonable, los hechos que genera la violación se cumple en esta oportunidad, ya que el peticionario señaló claramente las presuntas irregularidades en las que incurrió la corporación accionada. En efecto, manifestó que la autoridad desconoció el precedente de la Corte Constitucional sobre la obligación de los empleadores de realizar las reservas pertinentes para garantizar la pensión de vejez de sus trabajadores hasta que el ISS asumiera el riesgo. Además, argumentó que se hizo una interpretación contraria a los mandatos constitucionales de los artículos 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 72 de la Ley 90 de 1946 y 12 de la Ley 6 de 1945.

4.6. Por último, el fallo recurrido no es de tutela, pues corresponde a una providencia de segunda instancia dentro de un proceso ordinario laboral.

## 5. Problema jurídico constitucional

Para determinar si el Tribunal demandado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social del accionante, incurriendo en un defecto sustantivo y desconociendo el precedente constitucional, corresponde a la Sala determinar si resulta inadmisibile desde la perspectiva constitucional y la jurisprudencia de esta Corte, la interpretación judicial adoptada por la corporación demandada, según la cual antes del llamado a inscripción por parte del ISS, los empleadores no se encontraban en la obligación de realizar las reservas dinerarias para garantizar las pensiones de vejez de sus trabajadores en caso de que fueran requeridos posteriormente por una administradora de pensiones para que trasfirieran dichos aprovisionamientos, con el objetivo de completar el capital necesario para reconocer las prestaciones pensionales a que hubiere lugar.

6. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: defecto sustantivo y desconocimiento del precedente constitucional.

6.1. Esta Corporación ha caracterizado el defecto sustantivo como la existencia de un error en una providencia judicial originado en la interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas al caso analizado por el juez. No obstante, para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de amparo debe evidenciarse una irregularidad de significativa trascendencia, que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la

efectividad de los derechos fundamentales.

6.2. Igualmente, la Corte ha establecido una serie de hipótesis en las cuales se configura el defecto sustantivo[28]; una de ellas es la interpretación errónea o irrazonable de la norma jurídica, la cual se configura cuando la autoridad judicial: (i) le otorga a la norma jurídica un sentido y alcance contraevidente o (ii) le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece el ordenamiento, pero cuyo contenido normativo contraviene postulados de rango superior o conduce a resultados desproporcionados[29].

6.3. En relación con segundo de los mencionados motivos de incursión en un defecto sustantivo por interpretación errónea o irrazonable, la Corte ha sostenido que “cuando la interpretación otorgada a la disposición legal es posible, pero contraviene el contenido constitucional aparejando la vulneración o el desconocimiento de los derechos fundamentales o preceptivas superiores, el juez constitucional está en la obligación de adecuar el contenido de dicha norma legal y hacerla consonante con los fines y principios constitucionales”[30].

6.4. Por otra parte, el desconocimiento del precedente establecido por la Corte Constitucional, en un primer momento, fue entendido como una de las circunstancias que permitían establecer que un funcionario judicial incurría en un defecto sustantivo; sin embargo, posteriormente, debido a sus particularidades, se ha reconocido como una causal específica independiente de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; su teleología se basa en que la inaplicación de una interpretación derivada de la aplicación directa de una regla que tiene su origen en la Carta Política, conduce consecuentemente a la vulneración de la misma.

6.5. Al respecto, es importante señalar que en virtud de los artículos 228 y 230 de la Constitución, la función judicial ha de ejercerse en cumplimiento de los principios de independencia y autonomía. Sin embargo, la Corte ha reconocido la importancia de respetar el precedente constitucional, en razón a la garantía de la seguridad jurídica, la coherencia y razonabilidad del sistema judicial, la protección del derecho a la igualdad y la salvaguarda de la buena fe y la confianza legítima[31].

6.6. En ese sentido, se resalta que el precedente constitucional asegura la coherencia del

sistema judicial, pues permite determinar de manera anticipada y certera la solución aplicada a un determinado problema jurídico, de manera que los sujetos están llamados a ajustar su actuar a las normas y reglas que los regulan, en concordancia con la interpretación que se ha determinado acorde y compatible con el contenido de la Carta Fundamental.

6.7. Además, la aplicación del precedente garantiza la igualdad formal y la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho[32]. En atención a lo anterior, la Corte ha sostenido que los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente vertical establecido por esta Corporación, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación a un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación[33].

6.8. Finalmente, este Tribunal ha considerado que cuando existan varias interpretaciones constitucionalmente admisibles sobre un mismo tema, las cuales son respaldadas por la jurisprudencia vigente, y el operador jurídico decide aplicar una de ellas, la acción de tutela no está llamada a prosperar, en respeto de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial[34], pues se entiende que una autoridad ha incurrido en un defecto sólo cuando se evidencie un actuar totalmente arbitrario y caprichoso que lesione derechos fundamentales, es decir cuando no respeta los presupuestos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad[35].

7. La obligación de los empleadores de hacer provisionamientos de dinero para el pago de los aportes de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, para cuando ésta entidad asumiera los riesgos de invalidez vejez y muerte.

7.1. El señor Cristóbal Bermúdez Oyuela argumentó que la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto desconoció la interpretación normativa aplicable al caso desarrollada por la Corte Constitucional en el precedente contenido en la Sentencia T-784 de 2010. Así, se torna necesario determinar cuál es el contenido de dicha providencia y estudiar otros fallos que se hayan pronunciado sobre el tema, para establecer si una decisión proferida por un juez ordinario en un sentido disímil, incurre en los defectos alegados.

7.2. En la Sentencia T-784 de 2010[36], la Corte estudió el caso de una persona que laboró

durante 7 años y 11 meses para una empresa de petróleos, antes de que el ISS asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores de las compañías dedicadas a actividades industriales extractivas. En esa oportunidad, el actor solicitó que se le ordenara a su antiguo empleador que hiciera los aportes a pensiones, porque requería dicho tiempo para reunir el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez.

7.3. Por su parte, la empresa demandada argumentó que conforme a la normatividad aplicable al contrato de trabajo, no se encontraba obligada a afiliarse al actor al ISS durante la vigencia de la relación laboral, máxime cuando tal deber sólo surgió a partir del 1 de octubre de 1993.

7.4. Luego de verificarse la procedencia del amparo, esta Colegiatura realizó un recuento histórico de las normas que regulan el sistema pensional de los colombianos, resaltándose que a partir de la Ley 6 de 1945[37], se estableció la obligación de las empresas que tuvieran un capital que excediera un \$1.000.000, de pagar al trabajador que hubiera llegado a los 50 años de edad, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos, “una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados.”[38] Igualmente, se resaltó que esa obligación fue asignada a los empleadores mientras se organizaba el Seguro Social.[39]

7.5. Luego, la Sala se refirió a la Ley 90 de 1946[40], por medio de la cual se estableció un seguro social obligatorio para amparar a los trabajadores contra los riesgos de enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y muerte[41], y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales para la dirección y vigilancia de tales seguros[42].

7.6. En relación con el contenido de dicha normatividad, este Tribunal consideró que en ella se consagró un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, con el fin de implementar en forma gradual y progresiva los seguros sociales recién creados, y que para tal fin, se consagró en su artículo 72[43] la obligación de los empleadores de “hacer los provisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social”, para cuando el ISS asumiera los riesgos antes mencionados, incluida la pensión de vejez.

7.7. Al respecto, se señaló que esa subrogación de riesgos fue ratificada en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por medio del Decreto 2663 de 1950, en el que se estableció que la pensión de jubilación dejaría de estar a cargo de los empleadores cuando el ISS asumiera ese riesgo[44].

7.8. Posteriormente, esta Corporación hizo un estudio específico sobre la implementación de estos seguros para los trabajadores de las empresas de petróleos. Concretamente, explicó que la obligación de esas compañías de inscribir a sus trabajadores al Instituto de los Seguros Sociales se hizo efectiva por medio de la Resolución 4250 de 1993, en la que se fijó una fecha definitiva para el efecto.

7.9. En atención a lo anterior, la Sala de Revisión estimó que si bien la obligación de las empresas del sector petrolero de afiliar a sus trabajadores al ISS surgió a partir de la Resolución 4250 de 1993, después de la promulgación de la Ley 90 de 1946 estas compañías tenían el deber de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para hacer los aportes respectivos cuando dicha entidad asumiera los riesgos de vejez invalidez y muerte[45].

7.10. En ese orden, la Corte consideró que la interpretación de las normas sobre la implementación del sistema de seguros sociales obligatorios para los empleadores del sector petrolero, según la cual estos no tenían la obligación de hacer los aportes a pensión correspondientes al tiempo laborado por sus trabajadores antes de que el ISS asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte, era contraria al artículo 13 constitucional, toda vez que implicaba que para acceder a una pensión jubilación, estas personas tendrían que trabajar un tiempo mayor al de otras en similares condiciones.

7.11. Así, esta Corporación concluyó que la hermenéutica más acorde con los derechos constitucionales, era aquella según la cual el tiempo de servicio a empresas del sector petrolero debe ser tenido en cuenta para calcular el tiempo mínimo de cotización requerido para pensionarse, conforme al mencionado artículo 72 de la Ley 90 de 1946. Por último, en atención a lo reseñado, este Tribunal decidió tutelar el derecho a la seguridad social del actor, y le ordenó a la empresa accionada que transfiriera al ISS los aportes actualizados correspondientes al tiempo en que el accionante laboró a su servicio.

7.12. Ahora, la Sala advierte que si bien la posición adoptada en la Sentencia T-784 de 2010

fue reiterada en los fallos T-712 de 2011[46] y T-549 de 2012[47], también existen otros pronunciamientos en los cuales se han acogido tesis distintas.

7.13. Así por ejemplo, en las providencias T-890 de 2011[48], T-143 de 2012[49] y T-205 de 2012[50], este Tribunal sostuvo que la acción de tutela no es procedente para ordenar el pago de los aportes a pensión correspondientes al tiempo laborado por los actores al servicio de las empresas demandadas, puesto que se trataba de asuntos que presentaban un amplio carácter litigioso y discutible, siendo su escenario natural de discusión la jurisdicción ordinaria laboral, máxime cuando, en principio, la obligación de reconocer y pagar los títulos y bonos pensionales se circunscribe únicamente a las relaciones laborales vigentes al 23 de diciembre de 1993, y no a todas aquellas que se extinguieron con anterioridad a esta fecha, según reza el literal c) del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Además, porque no es del todo claro que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 hubiera establecido un deber general e incondicionado de aprovisionamiento a cargo de los empleadores.

7.14. Por otra parte, en las sentencias T-719 de 2011[51], T-814 de 2011[52] y T-020 de 2012[53], la Corte siguiendo el precedente establecido en los fallos C-506 de 2001[54] y C-1024 de 2004[55], señaló que el derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, surgió para todos los empleados sólo con la expedición de la Ley 100 de 1993, puesto que con anterioridad a dicha normatividad algunos trabajadores no podían exigir el pago de una mesada por los tiempos servidos a empleadores particulares que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la prestación, o si sus patronos no fueron llamados a subrogar el riesgo por parte del ISS.

## 8. Análisis de las causales de procedencia alegadas en el caso concreto

8.1. A partir de la anterior reseña jurisprudencial y normativa, debe estudiarse si la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, vulneró los derechos fundamentales de Cristóbal Bermúdez Oyuela, al no acceder a las pretensiones de la demanda laboral que instauró contra Bancolombia, con base en argumentos contrarios a los planteados en la Sentencia T-784 de 2010.

8.2. Al respecto, la Corte considera que la Corporación demandada al proferir la Sentencia

del 22 de junio de 2012 no incurrió en un defecto sustantivo por interpretación errónea o irrazonable de la norma jurídica aplicable al caso, ni desconoció el precedente constitucional, puesto que la hermenéutica acogida es razonable, racional y proporcional, basada en sentencias de control abstracto de constitucionalidad y de tutela, por lo cual se desestima: (i) la existencia de los yerros endilgados al acto judicial dado por la accionada y (ii) la afectación del derecho fundamental al debido proceso del actor.

8.3. En efecto, la Sala demandada sostuvo que no existía obligación de Bancolombia de realizar los aportes para pensiones de las personas que trabajaban en el municipio de Puerto Boyacá para la época en la que laboró el accionante, ya que en dicha ciudad las entidades financieras sólo fueron llamadas a inscripción por el ISS hasta el 17 de septiembre de 1992, por lo que desde una interpretación literal y sistemática de las leyes 90 de 1946 y 100 de 1993, no era posible derivar la existencia de un deber de reserva o aprovisionamiento, máxime cuando la relación laboral finalizó el 10 de mayo de 1977.

8.4. Dicha postura interpretativa resulta acorde con la posición adoptada por esta Corporación en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, T-719 de 2011, T-814 de 2011 y T-020 de 2012, en las que se indicó que: (i) “antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, no gozaban de un derecho adquirido sobre dicha pensión, sino de una simple expectativa, hasta tanto se constatará el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en las leyes vigentes (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946)”; (ii) “de haberse aplicado la Ley de 1993 a los trabajadores con vínculos laborales no vigentes al momento de su entrada en vigencia, hubiese necesariamente implicado para los empleadores la imposición de una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida, contrariando el principio de seguridad jurídica, postulado básico del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1° y 58).”[56]

8.5. Ahora bien, la Corte no desconoce que en las sentencias T-784 de 2010, T-712 de 2011 y T-549 de 2012, diferentes Salas de Revisión señalaron que los empleadores tenían la obligación de reconocer y pagar títulos pensionales por el tiempo laborado por sus trabajadores antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, aun cuando el contrato no se encontrara vigente al momento de su expedición o se hubiere iniciado con posterioridad a la misma, debido a que desde una interpretación sistemática del artículo 72 de la Ley 90

de 1946 se puede concluir que se estableció un deber de aprovisionamiento de capital que luego debía ser entregado a las respectivas instituciones de seguridad social.

8.6. Sin embargo, esta Sala de Revisión considera que no es posible concluir que una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de independencia y de autonomía propios de la actividad jurisdiccional, hubiere vulnerado los derechos fundamentales de una persona, al tomar una decisión debidamente sustentada en una hermenéutica del derecho positivo, pero contraria a una interpretación de algunas salas de esta Corporación, la cual no ha sido unánime, más aún cuando la providencia cuestionada sigue un precedente elaborado por el Pleno de la Corte, que posee fuerza erga omnes, al estar contemplado en los fallos de control abstracto de constitucionalidad[57].

8.7. En ese sentido, recientemente este Tribunal en la Sentencia T-240 de 2013[58], al resolver un caso similar al estudiado en esta oportunidad, en el cual se cuestionaba una providencia judicial en la que no se había acogido el precedente expuesto en el fallo T-784 de 2010, sostuvo que “si dentro de esta Corporación existen diversos criterios sobre la obligación de los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación de hacer los aportes al actual Instituto de Seguros Sociales por el tiempo laborado por sus trabajadores antes de que se hiciera exigible la obligación de afiliarlos a los seguros sociales obligatorios, no puede concluirse que una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de autonomía e independencia que rigen la actividad judicial,[59] hubiera vulnerado el derecho al debido [proceso] de una persona, al tomar una decisión debidamente fundamentada en criterios razonables, pero contrarios a una interpretación de una de las Salas de Revisión de esta Corporación que no ha sido unánime.”

8.8. Así las cosas, la Sala considera que la Corporación judicial demandada no vulneró el derecho al debido proceso de Cristóbal Bermúdez Oyuela, toda vez que la decisión adoptada se basó en una interpretación razonable de las normas aplicables al caso y en precedentes de esta Corte, por lo que se confirmarán las decisiones de instancia en relación con la presunta vulneración al debido proceso.

8.9. No obstante, dado que el actor también solicitó la tutela de su derecho a la seguridad social este Tribunal, en atención a las facultades ultra petita y extra petita del juez

constitucional, analizará si dentro del ordenamiento jurídico existe alguna interpretación normativa a la luz de los principios consagrados en la Carta que permita proteger dicha prerrogativa[60]. Al respecto, la Sala aclara que no se trata de examinar otra vez el fallo reprochado, pues como se explicó la autoridad judicial demandada no incurrió en los defectos endilgados[61], ni de resolver el mismo problema jurídico estudiado en dicha providencia, sino en determinar si de la aplicación de los principios contemplados en la Constitución se deriva alguna hermenéutica no alegada durante el proceso ordinario[62], y por tanto no examinada en respeto de las reglas de congruencia y consonancia aplicables al mismo[63], que asegure el goce del derecho pensional de una persona que trabajó por más de 24 años para distintas empresas, pero que en virtud del tránsito legislativo, ve menguada sus posibilidades de disfrutar de una mesada de jubilación.

8.10. En ese orden, inicialmente (i) se hará una breve comparación entre algunos de los más relevantes sistemas pensionales que han existido en Colombia, luego (ii) se analizará sumariamente las normas de transición creadas en 1993 con la entrada en vigor del nuevo estatuto de seguridad social, y posteriormente (iii) se determinará la aplicación acorde con los axiomas constitucionales de tales preceptos a casos concretos en los que se encuentren en riesgo derechos fundamentales, como al parecer ocurre en el asunto en examen.

9. Sistema pensional en Colombia, su régimen de transición y aplicación del principio de solidaridad

9.2. A su vez, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios[66], ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial según las leyes 6 de 1945[67] y 65 de 1946[68] y el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, era una prestación especial únicamente para ciertos trabajadores que hubieren laborado, en principio, como mínimo 20 años para la misma compañía[69]. Por otra parte, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC[70]. Por último, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del sector privado, a pesar de haber sido establecido con la Ley 90 de 1946[71].

9.3. Sobre este último punto, la Sala evidencia que desde una perspectiva histórica

normativa, el régimen de la seguridad social que se previó desde la expedición de la Ley 90 de 1946, no significó la desaparición del sistema de las prestaciones patronales, pues, como se reseñó en su exposición de motivos, la transición al sistema de aportes debía partir de reconocer la imposibilidad física de implementarlo de inmediato en todo el territorio nacional. En ese sentido, se señaló que existiría una “aplicación progresiva del sistema, tanto en lo que hace al territorio como a los riesgos asumidos. Podrá empezarse, v. gr., por las zonas más industrializadas (Bogotá, Medellín, Barranquilla, Cali; las minas; los petróleos; la Zona Bananera), para llegar gradualmente a las zonas de menor actividad industrial o típicamente rurales. Y podrá empezarse por los riesgos de enfermedad y maternidad e irse asumiendo otros hasta llegar al de vejez (jubilación) o desempleo (paro forzoso).”[72]

9.4. Así, en los artículos 72 y 76 de dicha Ley se ordenó a los empleadores seguir asumiendo directamente las pensiones de los trabajadores que cumplieran los requisitos hasta tanto el ISS las asumiera. Con tal propósito, y para facilitar la subrogación paulatina de la pensión de jubilación a cargo de los patronos, se desarrollaron una serie de disposiciones reglamentarias, entre las que sobresalen, los decretos 2663 de 1950[73], 3041 de 1966[74] y 433 de 1971[75], en los cuales se estableció que la cobertura sería gradual según las decisiones del Instituto de Seguros Sociales[76], en razón a la aplicación de ciertas variables, como lo fueron: (a) las actividades y regiones, (b) las categorías de las empresas, (c) el orden de prelación de los riesgos que se asumieron, (d) las etapas para la organización de los servicios restantes, (e) las zonas geográficas, (f) los sectores de la población económicamente activa, (g) la edad de los habitantes, (h) las posibilidades financieras, (i) el grado de las necesidades de la población, (j) el mejor empleo de los elementos humanos, técnicos y materiales, y (k) los programas nacionales de desarrollo de servicios de salud, económicos y sociales.

9.5. De otra parte, este Tribunal resalta que, además de consagrar algunas variables para la implementación del sistema, el Decreto 3041 de 1966[77] contempló un régimen de transición para garantizar las expectativas de los trabajadores mayores de 50 años o que llevaran más de diez años de servicio para una misma empresa que tuviera a cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación. En efecto, del análisis de dicho acto reglamentario, pueden distinguirse siete hipótesis que regulaban el ingreso de las personas al sistema pensional por aportes, a saber:

(i) Los trabajadores que, al haberse iniciado la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, hubieran cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de \$800.000 o superior, cualquiera que fuere su edad, no estaban obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez, y en consecuencia al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del trabajo y retirarse del servicio podían reclamar, con las modalidades y condiciones que establecían las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable[78].

(ii) Los trabajadores que al haberse iniciado la obligación de asegurarse contra el riesgo de vejez ya estuvieran pensionados, estaban exceptuados de afiliarse al seguro. No obstante, podían asegurarse contra las contingencias de invalidez y muerte[79].

(iii) Los trabajadores que al haberse iniciado la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, llevasen 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de \$800.000 o superior, ingresaban al seguro social obligatorio como afiliados para dichas contingencias. Sin embargo, al cumplir el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podían exigir la jubilación a cargo del patrono y este debía pagarla, pero tenían que continuar realizando cotizaciones hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual la administradora procedía a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo había[80].

(iv) Los trabajadores que al haberse iniciado la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, llevasen 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de \$800.000 o superior, ingresaban al seguro social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones que los anteriores, y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tenían derecho, al cumplir la edad requerida por la normatividad, al pago de la pensión restringida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961[81], con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual la administradora procedía a cubrir dicha pensión restringida[82].

(v) Para los trabajadores con menos de 10 años de servicios continuos o discontinuos para una misma empresa, y para los hombres menores de 50 años y las mujeres menores de 45

años, se contempló que debían afiliarse al Instituto y que tendrían derecho a la pensión de vejez, al cumplir 60 años los hombres y 55 las mujeres si realizaban cotizaciones iguales o superiores a 500 semanas[83].

(vi) Para los hombres mayores de 50 años y las mujeres mayores de 45 años al 1 de enero de 1967, se consagró que las 500 semanas exigidas para los anteriores se reducían en razón de 50 semanas de cotización por cada año de diferencia entre 1917 y el año de nacimiento en caso de los hombres, y en tratándose de las mujeres se aplicaba la reducción tomando 1922 como año de referencia. Sin embargo, se estipuló que en ningún caso podía otorgarse la pensión de vejez por menos de 250 semanas de cotización[84].

(vii) Para la población en general que no podía beneficiarse de las anteriores hipótesis, se estableció que tendrían derecho a la pensión de vejez, si se afiliaban al Instituto de Seguros Sociales y cumplían los siguientes requisitos: (a) tener 60 años o más de edad si se era varón, o 55 o más años si se era mujer, así como (b) acreditar un número de mil semanas de cotización en cualquier tiempo. No obstante, con el fin de incentivar la afiliación y facilitar el tránsito normativo[85], se indicó que también tendrían derecho a la prestación las personas que realizaran aportes por un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades señaladas[86].

9.6. Del anterior marco normativo y del análisis los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, la Corte deduce que la obligación del ISS de pagar la respectiva prestación ante la configuración del riesgo de vejez empieza en el momento en el cual dispone iniciar la cobertura de tal contingencia en una zona geográfica del territorio nacional, naciendo paralelamente las obligaciones del empleador de afiliar a su trabajador al sistema y realizar conjuntamente con éste los aportes correspondientes.

9.7. En ese sentido, la Sala resalta que la afiliación al ISS de un trabajador que laboraba en un lugar en el cual la entidad de previsión social no había extendido su cobertura resultaba indebida, porque de un lado el empleador no tiene la obligación legal de hacerlo, y de otro, puesto que el Instituto no había asumido el cubrimiento de las contingencias correspondientes. Lo anterior, encuentra respaldo en el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, adoptado por el Decreto 2665 de 1988[87], en el que se estableció, en el literal c) del artículo 20, que una de las

causales de cancelación parcial o total de la afiliación de un trabajador era el hecho de que no se encontrara comprendido entre los grupos de población o en la zona geográfica llamada a inscripción.

9.8. Así pues, puede concluirse que coexistían dos grandes modelos de seguridad social en pensiones y varios sistemas que se enmarcan dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias. Ciertamente, un primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores a través del reconocimiento de una pensión de jubilación, siempre y cuando se acreditará un determinado tiempo de servicio, y el segundo se basó en un sistema de aportes en el cual se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada, que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.

9.9. Posteriormente, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social y que fueron acogidos por el Constituyente de 1991[88], el legislador, con la expedición de la Ley 100 de 1993, pretendió superar la desarticulación entre los distintos modelos y regímenes pensionales, creando un sistema integral y general de pensiones, que permite la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, y genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones con los fines de aumentar su eficiencia ejecutiva y de ampliar su cobertura.

9.10. Con tales propósitos, se implementaron nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, se creó un régimen de transición con el fin de respetar las expectativas legítimas[89] y se establecieron reglas sobre el cálculo de semanas de cotización. Concretamente, en el artículo 33, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003[90], se señala que para efectos de cómputo de las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, se tendrán 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 (...).” (Subraya por fuera del texto).

9.11. Sobre el particular, la Corte evidencia que el literal c) responde en parte el problema jurídico planteado, pues señala que para efectos del cómputo de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez se tendrá en cuenta el tiempo de servicio con empleadores que antes de la vigencia de la ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a su entrada en vigor[91]. Ahora bien, podría argumentarse que dicha disposición desconoce el principio de igualdad, amén de generar un enriquecimiento sin causa en beneficio de los empleadores eximidos de efectuar el correspondiente traslado, con el consecuente perjuicio para los trabajadores en virtud de la renuncia a la seguridad social, lo cual implicaría el desconocimiento de los artículos 25, 46, 48 y 53 Constitución.

9.12. Frente a tal hipótesis, la Sala Plena de esta Corporación consideró que el mencionado literal es acorde con los postulados de la Carta Fundamental. En efecto, la constitucionalidad de dicha norma fue examinada en la Sentencia C-1024 de 2004[92], estándose a lo resuelto en la providencia C-506 de 2001[93], que había estudiado el precepto original, similar a la actual[94], declarándolo exequible. En tal oportunidad, la Corte sostuvo que “solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores (...) de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales

en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (...).”

Asimismo, en dicho fallo este Tribunal consideró que:

“(...) la nueva obligación para los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión en relación con los contratos vigentes o los que se suscribieran con posterioridad a la ley 100 de 1993 constituyó entonces un avance dentro del proceso de universalización de la seguridad social, objetivo con el que el legislador en desarrollo de la Constitución se encontraba necesariamente comprometido. El carácter oneroso de esta nueva obligación para los empleadores, invocada en la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[95], no era óbice para que la ley consagrara este nuevo derecho para los trabajadores con vínculo laboral vigente.” No obstante, se explicó que “lo que no podía hacer el legislador, sin embargo, era establecer obligaciones en relación con situaciones jurídicas consolidadas.”

9.13. Ahora, si bien del recuento histórico y del análisis de dicho precedente se desprende que, en principio, los empleadores antes de la Ley 100 de 1993 al afiliar a sus trabajadores al ISS subrogaban su responsabilidad en relación con el riesgo de vejez, no debiendo transferir una suma de dinero previamente provisionada, sino iniciando a realizar cotizaciones, y en algunos casos cancelando la pensión de jubilación mientras se alcanzaba un número determinado de aportes, esta Corporación es consciente que la aplicación acrítica e indiscriminada de la normatividad y de dicha regla jurisprudencial que estableció la exequibilidad del literal c) del artículo 33 de la mencionada ley, puede generar algunas situaciones de inconstitucionalidad, al desconocerse las prerrogativas reconocidas a los trabajadores en la Carta. Una de estas hipótesis se configura cuando los derechos fundamentales de una persona que mantuvo una o más vinculaciones laborales con las siguientes características, se encuentran en riesgo:

(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

(ii) El ciudadano no cumple con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación

prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador.

(iii) La persona tampoco cumple los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente[96], ni para beneficiarse de las hipótesis de compatibilidad establecidas, entre otros, en el Decreto 3041 de 1966.

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

(v) El tiempo cotizado por la persona es insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumpliría el número necesario de semanas para obtener la prestación de jubilación.

9.15. Así las cosas, la Corte estima que, en algunas ocasiones específicas, es posible que recaiga sobre el empresario para el cual laboraba un trabajador, el deber de cooperación económica con el fin de garantizar sus derechos pensionales, a pesar de haber cumplido a cabalidad con sus obligaciones legales en su debido momento. En ese sentido, esta Corporación ha explicado que el principio de solidaridad “desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo (...).”[100] En esa misma línea, el Legislador consagró la solidaridad como uno de los axiomas de la seguridad social, y la definió como:

“La práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.”[101]

9.16. Al respecto, este Tribunal considera que en asuntos como el estudiado, la existencia de un deber de solidaridad se ve reforzada por la consagración de una serie de disposiciones legales que contemplaban obligaciones futuras de índole económico que estaban sometidas al cumplimiento de una serie de condiciones, como lo eran que el trabajador prestara sus servicios por más de 20 años o que el empleador fuera llamado por el ISS para subrogar el riesgo de vejez, por lo cual era deber de los empresarios actuar con

la diligencia propia del “buen padre de familia” en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año 1887, y adoptar las medidas para garantizar las prestaciones a las que eventualmente su trabajador pudiera llegar a tener derecho. Así, aunque por diferentes circunstancias, ya sean fácticas o normativas, dichas condiciones no se hayan cumplido, esto no implica per se que el juez constitucional no pueda tener en cuenta tales situaciones para realizar una aplicación proporcional del axioma en mención, máxime cuando el único afectado por el tránsito legislativo, en casos como el estudiado, es el empleado, a pesar que de la relación laboral se beneficiaron ambos extremos del vínculo contractual.

9.17. Descendiendo al asunto en examen, esta Corporación observa que el señor Cristóbal Bermúdez Oyuela trabajó para Bancolombia desde el 21 de noviembre de 1972 hasta el 10 de mayo de 1977, extinguiéndose la relación laboral antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[102]. Asimismo, el tiempo de servicio prestado a la entidad bancaria es insuficiente para acceder a las prestaciones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Ley 171 de 1961 y en el Decreto 3041 de 1966, pues los supuestos planteados en las mismas exigen como mínimo 10 años laborados de manera continua para el mismo empleador.

9.18. Por otra parte, este Tribunal evidencia que durante la vigencia de la relación laboral el banco demandado no tenía la obligación de realizar aportes para pensiones en relación con los trabajadores que prestaban sus servicios en el municipio de Puerto Boyacá, dado que en dicha ciudad las entidades financieras sólo fueron llamadas a inscripción por el ISS hasta el 17 de septiembre de 1992, mediante la Resolución 5428[103].

9.19. Adicionalmente, la Corte encuentra que el período cotizado por Cristóbal Sánchez Oyuela equivale a 943.43 semanas[104], tiempo insuficiente para obtener la pensión de vejez, toda vez que según el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990[105] se requieren aportes equivalentes a más de 1000 semanas en cualquier tiempo[106], las cuales si se acreditarían de contarse el tiempo laborado para Bancolombia, pues el actor trabajó 237 semanas para la entidad financiera, obteniendo un acumulado de 1180.43.

9.20. Por lo expuesto, la Sala estima que el caso del actor se enmarca en aquellos en los que la aplicación de acrítica de la normatividad y de la regla jurisprudencial establecida en

las sentencias C-1024 de 2004 y C-506 de 2001, afecta su derecho fundamental a la seguridad social, resultando imperioso dar aplicación al principio de solidaridad. En ese orden, esta Corporación considera que una fórmula que respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propios de dicho axioma, es que la entidad bancaria demandada tenga que cancelar el 75% de los aportes correspondientes al número de semanas estrictamente necesarias para acceder a la pensión de vejez, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del ISS, debiendo pagar el 25% restante de los mismos el actor.

9.21. En efecto, al tener como fin el principio de solidaridad solventar una situación de emergencia en la que se encuentra un individuo, a través de la imposición de una obligación de cooperación a un tercero, su extensión sólo deberá hacerse hasta el momento en el que se supere dicho estado, esto es cuando el núcleo esencial del derecho se encuentre salvaguardado, excluyéndose de esta manera prestaciones adicionales que puedan llegar a ampliar el disfrute del mismo, pero que no influyan en su goce efectivo. De igual manera, al ser un axioma basado en la reciprocidad, el beneficiario del mismo también debe propender por la culminación de su situación de desprotección, desplegando las acciones que tenga a su alcance para tal fin.

9.22. En ese sentido, esta Corporación es consciente de que Bancolombia, en principio, cumplió con las obligaciones laborales que tenía para la época del vínculo contractual con Cristóbal Sánchez Oyuela. No obstante, en virtud del principio de solidaridad, es llamada a cooperar para superar la imposibilidad del peticionario para acceder a la pensión de jubilación, a falta de realización de los aportes debido a la ausencia de cobertura del ISS en el municipio de Puerto Boyacá en los años en que le prestó sus servicios. Por lo anterior, la Sala no estima proporcional que se le ordene a la entidad bancaria el pago de la totalidad de los aportes teniendo como base el salario que devengaba el accionante, pero si la cancelación de las cotizaciones en el referido porcentaje sobre el número de semanas que le faltan al peticionario para acceder a la prestación de vejez, teniéndose como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del ISS.

9.23. Específicamente, la Corte considera que la proporcionalidad radica en que con la cancelación de los aportes correspondientes al número de semanas que le faltan al peticionario para acceder a la pensión de jubilación (56.57[107]), teniéndose como base los salarios mínimos establecidos para la época de la relación contractual, se logra que el actor pueda acceder a la prestación de jubilación, y a su vez que no se vea afectado el monto de la misma, en tanto, la base de liquidación de la pensión según la Ley 100 de 1993[108] se obtiene de la aplicación de una fórmula que tiene en cuenta los salarios sobre los cuales cotizó el trabajador en los últimos 10 años[109], dentro de los cuales no se encuentran los trabajos para Bancolombia, pues el señor Cristóbal Sánchez Oyuela le prestó sus servicios al inicio de su vida laboral.

9.24. Por otra parte, el hecho de que el pago de los aportes a cargo de la demandada se efectúe sobre un 75% y no sobre el 100%, busca hacer efectivo el componente de cooperación propio del principio de solidaridad, y tiene como origen el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[110], que estableció que el monto de cotización será pagado en tal porcentaje por el empleador, y el restante 25% por el trabajador, cifra que esta Corporación considera apropiada en esta oportunidad, puesto que al examinar la demanda ordinaria adelantada en el año 2011, el actor, a manera de pretensión subsidiaria, pidió que de no decretarse la obligación de pago por parte de la entidad bancaria, se le autorizara cancelar las cotizaciones pensionales respectivas con el objetivo de completar el tiempo de aportes necesario para obtener la mesada de jubilación[111]. Igualmente, la cancelación de dicha suma de dinero por parte del accionante también pretende que no se obvие el hecho de que no efectuó cotizaciones en el periodo comprendido entre 1995 y 2009, lo que derivó en que no pudiera ser beneficiario de la pensión establecida en el Acuerdo 049 de 1990 que establece la mesada con tan sólo 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación.

9.25. Por lo demás, este Tribunal resalta que la sostenibilidad financiera del sistema pensional de prima media no se verá afectada, por cuanto la pensión será reconocida con el cumplimiento de todos los requisitos legales, en tanto, se respeta la edad y el número de semanas consagradas en la normatividad, puesto que el actor tiene más 60 años, y la suma de los periodos aportados y los que deberán ser pagados equivalen a las 1000 semanas exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. En efecto, en el expediente se encuentra probado que el señor Cristóbal Sánchez Oyuela tiene 62 años, ya que nació el 24

de mayo de 1951[112], y los períodos cotizados certificados por Colpensiones[113] más los que serán cancelados le permiten cumplir el tiempo de aportes estipulado en la disposición pensional aplicable[114], como se sintetiza en el siguiente cuadro:

Empleador

Períodos laborados

Aportes al ISS

Número de semanas

Semanas a pagar por parte de Bancolombia y el señor Cristóbal Sánchez Oyuela en virtud de la presente providencia

56.57

Textiles Miratex S.A.

16/06/1979 a 01/04/1980

Si

41.57

Editora Gustavo Gili Ltda.

13/10/1980 a 17/06/1989

Si

452.86

Planeta Colombiana Editorial S.A.

28/08/1989 a 31/07/1995

290.43

Independiente

01/05/2009 a 31/01/2013

Si

158.57

Total de semanas cotizadas

1000

9.26. Ahora bien, podría sostenerse que para las finanzas públicas resultaría más beneficioso que se pagara la totalidad de los aportes correspondientes a la duración de la relación laboral y no sólo el dinero que hace falta para reconocer la pensión, frente a lo cual esta Corporación considera que si bien dicha afirmación es verdadera, también lo es que debido a la ausencia de un régimen de transición que garantizara los derechos pensionales de las personas que al momento en el que el ISS asumió la cobertura del riesgo de vejez llevaron menos de 10 años trabajados para una o varias empresas, se originó que se presentaran situaciones como la estudiada, en la que a pesar de que un ciudadano laboró por más de 20 años no pudo acceder a la mesada de jubilación como si la obtuvieron individuos que laboraron para un mismo empleador igual lapso de tiempo. Así pues, la regla establecida en esta providencia también pretende que el Estado asuma parte de la responsabilidad de los efectos del tránsito legislativo que devino en la afectación de los derechos fundamentales de algunos colombianos.

9.27. En ese orden de ideas, la Sala revocará parcialmente los fallos de instancia en relación con la protección del derecho a la seguridad social del accionante, y en su lugar protegerá el mismo. Igualmente, le ordenará a Colpensiones que realice el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las 56,57 semanas que le hacen falta al actor para cumplir el tiempo de servicio necesario para acceder a la prestación establecida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del Instituto de Seguros Sociales.

9.28. Asimismo, se dispondrá que Bancolombia pague a Colpensiones el 75% de la suma que se establezca en dicho cálculo, y se instará al demandante para que cancele el 25% restante. De igual forma, se le advertirá a la citada administradora de pensiones que una vez recibidos los pagos correspondientes, deberá reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Cristóbal Bermúdez Oyuela, conforme al régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990.

9.29. Por último, se enviará al Juzgado Veintinueve Laboral de Oralidad del Circuito de Bogotá el expediente contentivo del proceso ordinario laboral número 2011-00199-01, iniciado por Cristóbal Bermúdez Oyuela en contra de Bancolombia S.A. y del Instituto de Seguro Sociales, remitido a esta Corporación por dicho despacho en calidad de préstamo, el día 7 de junio de 2013.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de diciembre de 2012, y por la Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutelas No. 2, de la misma Corporación, el 27 de febrero de 2013, en relación con la determinación de denegar el amparo del derecho fundamental al debido proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de diciembre de 2012, y por la Sala de Casación Penal, en Sala de Decisión de Tutelas No. 2, de la misma Corporación, el 27 de febrero de 2013, en relación con la determinación de denegar el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Cristóbal Sánchez Oyuela; y en su lugar TUTELAR el mismo.

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las 56,57 semanas que le hacen falta al actor para cumplir el tiempo de

servicio necesario para acceder a la prestación de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del Instituto de Seguros Sociales. Una vez elaborado el mismo, deberá ponerlo en inmediato conocimiento de Bancolombia y del señor Cristóbal Bermúdez Oyuela.

CUARTO.- ORDENAR a Bancolombia que, dentro de los dos (2) meses siguientes al momento en que se ponga en su conocimiento dicho cálculo, pague a Colpensiones el 75% de la suma que en el mismo se establezca.

QUINTO.- INSTAR al señor Cristóbal Bermúdez Oyuela, para que dentro de los dos (2) meses siguientes al momento en que se ponga en su conocimiento dicho cálculo, cancele el 25% de la suma que en el mismo se establezca.

SEXTO.- ADVERTIR a Colpensiones que una vez recibidos los pagos de las sumas establecidas en el cálculo, deberá dentro de los quince (15) días siguientes, reconocer y pagar la pensión de vejez del señor Cristóbal Bermúdez Oyuela, conforme al régimen previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

SÉPTIMO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se envíe al Juzgado Veintinueve Laboral de Oralidad del Circuito de Bogotá el expediente contentivo del proceso ordinario laboral número 2011-00199-01, iniciado por Cristóbal Bermúdez Oyuela en contra de Bancolombia S.A. y del Instituto de Seguro Sociales, remitido a esta Corporación en calidad de préstamo el día 7 de junio de 2013.

OCTAVO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libren las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-492/13

PENSION DE VEJEZ-Se requiere pronunciamiento de la Sala Plena para establecer alcance e interpretación de normas que permiten conmutar tiempo de servicio prestado a los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-3.836.879

Acción de tutela presentada Cristóbal Bermúdez Oyuela a través de apoderado contra la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÈREZ

Con el respeto acostumbrado discrepo de la decisión proferida en el fallo de la referencia, en lo que concierne a la responsabilidad del empleador frente al pago de cotizaciones al régimen de seguridad social en pensiones, cuando no existía cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales. A mi juicio, la Sala debe partir de lo señalado por la Corporación en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, fallos en los que la Corte examinó el inciso c del párrafo 1º de la Ley 100 de 1993[115], y en los cuales precisó que los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión antes de la ley 100 de 1993, tenían una simple expectativa y solo se concretaba su derecho a la pensión con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos. En consecuencia, las decisiones frente al tema ameritan un pronunciamiento por la Sala Plena de la Corporación, a efectos de establecer el alcance e interpretación de las normas que permiten conmutar el tiempo de servicio prestado a los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión y que no les era permitido afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, conforme lo dispuesto por la Ley 90 de 1946. Es la Sala Plena quien debe fungir como interprete fidedigno y verdadero de los efectos y alcances de sus propias decisiones y, en consecuencia, despejar cualquier duda respecto del sentido de sus sentencias de constitucionalidad.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-492/13

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

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN MATERIA PENSIONAL-Responsabilidad colectiva como sociedad frente al ciudadano por el trabajo efectivamente prestado, mas no reconocido (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-3.836.879.

Acción de tutela instaurada por Cristóbal Bermúdez Oyuela contra el Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a aclarar el voto en la sentencia T-492 de 2013.

El caso gira en torno a la situación de Cristóbal Bermúdez Oyuela quien, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá por violación del derecho a la seguridad social y al debido proceso. Según se probó, el señor Bermúdez trabajó para Bancolombia en el municipio de Puerto Boyacá, desde el 21 de noviembre de 1972 hasta el 10 de mayo de 1977, pese a lo cual jamás se realizaron los aportes correspondientes por el empleador al sistema de seguridad social, excusándose este último en que los llamados a inscripción al ISS solo ocurrieron a partir del 17 de septiembre de 1992.

Comparto el sentido general de la sentencia de revisión T-492 de 2013 al conceder el amparo. Sin embargo, es mi deber aclarar que, en casos como el presente, el fundamento normativo de la protección no se agota en el principio abstracto de la solidaridad, sino que encuentra respaldo en el deber legal de aprovisionamiento inequívocamente consagrado por la Ley 90 de 1946 en sus artículos 72 y 76. En la decisión T-770 de 2013, cuya ponencia me correspondió, fundamenté dicha obligación a partir de consideraciones normativas, históricas y conceptuales, para así concluir que:

“[A]unque no era responsabilidad de la empresa realizar al I.S.S. los aportes a pensión antes de 1967, por cuanto no habiendo entrado en funcionamiento el Instituto nadie está

obligado a lo imposible, sí constituía un deber jurídico de cada empleador realizar los aprovisionamientos necesarios para hacer las transferencias al I.S.S. una vez la entidad hiciera el llamado a afiliación (Ley 90 de 1946, art. 72 y 76). Como se dijo anteriormente, la entrada en operación del Instituto era un hecho futuro pero cierto, por lo que era responsabilidad de cada empresario actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia”[116] en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año de 1887.

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

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

Es preciso anotar también que fue voluntad expresa del legislador disponer este régimen de transición, condicionado por el pago de un aporte previo del empleador, por cuanto la ausencia del mismo daría origen a una tremenda injusticia, ocasionada por el servicio prestado por un trabajador pero no reconocido en aportes (...)”[117].

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

“Es precisamente la nueva Carta Política la que consagra, como pilares fundantes del Estado, a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo

integran[118]. Como ya se explicó, la idea de solidaridad es la “que cohesiona y une a los individuos en el complejo social, permite al Estado recurrir a medios de exacción fiscal de imposición total o parcial, a fin de costear financieramente los gastos que supone el servicio público”, como es el caso de la seguridad social.

El orden constitucional guarda entonces una especial inclinación por la vigencia de un régimen solidario, que supere el individualismo acérrimo y el liberalismo decimonónico. El principio/deber de la solidaridad social tiene un poder vinculante[119] que exige un comportamiento acorde con el hecho de la interdependencia social; la cual se manifiesta, en gran parte, en las relaciones laborales (...)”[120].

Bajo las anteriores precisiones acompaño esta vez la sentencia T-492 de 2013, en tanto concede un mínimo de protección al señor Bermúdez y no permite que su trabajo por más de cuatro años sea totalmente desconocido para efectos de su derecho pensional. Pero por las mismas razones también debo explicar el alcance de mi voto, reiterando el origen legal del deber de aprovisionamiento, y lo que en mi opinión constituye el verdadero alcance de la solidaridad.

En efecto, el principio fundante de la solidaridad no debe entenderse como un sentimiento de benevolencia o caridad con el trabajador desprotegido, sino como una auténtica disposición normativa que exige la responsabilidad común ante la injusticia[121]. No se trata entonces de ordenar a manera de dádiva el pago de las semanas restantes para que un trabajador acceda a la pensión mínima que le permita tan solo subsistir, sino de la responsabilidad colectiva que tenemos como sociedad frente al ciudadano por el trabajo efectivamente prestado, mas no reconocido.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Folios 54 a 62 del cuaderno del proceso ordinario laboral.

[2] Folios 72 a 75 del cuaderno del proceso ordinario laboral.

- [3] Folios 120 a 129 del cuaderno del proceso ordinario laboral.
- [4] Folios 181 a 182 del cuaderno del proceso ordinario laboral.
- [6] Folio 181 del cuaderno del proceso ordinario laboral.
- [7] Folios 195 a 196 del cuaderno del proceso ordinario laboral.
- [8] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- [9] Folios 203 a 204 del cuaderno del proceso ordinario laboral.
- [10] Según poder visible en el folio 10 del cuaderno No. 1.
- [11] Folios 12 a 23 del cuaderno No. 1.
- [12] Folios 15 a 16 del cuaderno de primera instancia.
- [13] M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- [14] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- [15] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- [16] Folios 18 a 22 del cuaderno de primera instancia.
- [17] Folios 2 a 3 del cuaderno de primera instancia.
- [18] Folios 25 a 30 del cuaderno de primera instancia.
- [19] Folios 39 a 47 del cuaderno de primera instancia.
- [20] Folios 12 a 20 del cuaderno de segunda instancia.
- [21] Folios 3 a 7 del cuaderno de revisión.
- [22] Folio 13 del cuaderno de revisión.
- [23] “Artículo 86. (...) El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante

el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...).” // “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (...).”

[24] Ver, entre otras, las sentencias T-381 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-565 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-1112 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[25] En la sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte individualizó las causales específicas de la siguiente manera: “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. // b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. // c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. // d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. // f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. // g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. // h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. // i. Violación directa de la Constitución.”

[26] Folios 203 a 204 del cuaderno del proceso ordinario laboral.

[27] “Artículo 86. Sentencias susceptibles del recurso. A partir de la vigencia de la

presente ley y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, sólo serán susceptibles del recurso de casación los procesos cuya cuantía exceda de ciento veinte (120) veces el salario mínimo legal mensual vigente.”

[28] Recientemente en la sentencia SU-448 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), se sintetizaron las principales circunstancias que generan que una providencia judicial incurra en un defecto sustantivo, así se explicó que ello ocurre cuando: “(i) la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador; (ii) pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial; (iii) no toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes; (iv) la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición; (vi) la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso; (vii) se desconoce la norma del ordenamiento jurídico constitucional o infraconstitucional aplicable al caso concreto; (viii) la actuación no está justificada en forma suficiente de manera que se vulneran derechos fundamentales; (ix) sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial; (x) el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una violación manifiesta de la Constitución.”

[29] Sentencia T-773 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[30] Sentencia T-1045 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[31] Sentencias T-838 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-109 de 2009 (Clara

Elena Reales Gutiérrez) y C-634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[32] En relación con este punto, la Corte ha sostenido que: “Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. // Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual. // De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento”. Sentencia T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[33] En la Sentencia T-468 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) se dispuso que: “En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta

Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.”

[34] Artículo 228 de la Constitución.

[35] Sentencia T-638 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[36] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[37] “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”

[38] “Artículo 14. La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada: (...) c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.” Dicha Ley fue reglamentada por el Decreto 2127 de 1945, “por el cual se reglamenta la Ley 6 de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general”.

[39] “Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros (...).”

[40] “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.”

[41] “Artículo 1. Establécese el Seguro Social obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos: a) Enfermedades no profesionales y maternidad; b) Invalidez y vejez; c)

Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y d) Muerte.”

[42] “Artículo 8. 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.”

[43] “Artículo 72. Las prestaciones reglamentarias en esta ley, que se venían causando 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 esta fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores.”

[44] “Artículo 259. Regla general. 1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo. 2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”

[45] Concretamente, la Corte estimó que “(...) desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los provisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales.”

[46] M.P. María Victoria Calle Correa.

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

[49] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[50] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[51] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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

[53] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[54] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[55] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[56] Sentencia C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[57] Sentencias C-506 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[58] M.P. María Victoria Calle Correa.

[59] Constitución Política de Colombia. “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo. || [...] Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. || La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

[60] Este Tribunal ha considerado que al ser la acción de amparo un mecanismo de protección de los derechos fundamentales “(...) reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental.” Sentencia T-886 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En ese mismo sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos T-310 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-553 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-464 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[61] En ese sentido, en la Sentencia T-013 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), esta Corporación al examinar un recurso de amparo en el que el accionante cuestionaba los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dados dentro de un proceso ordinario en el que se pretendía el reconocimiento de una pensión de vejez, consideró que las providencias reprochadas no incurrieran en algún defecto, por lo que no había lugar a revocarlas. Sin embargo, este Tribunal con base en el principio de eficiencia en el trámite de la pensión y en las condiciones específicas del caso, como eran la edad del actor, el tiempo que laboró y su pertenencia inequívoca al régimen de transición, estimó que resultaba necesario concederle al demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación, a pesar de que las decisiones de la jurisdicción ordinaria, en estricto sentido, no adolecían de reproche alguno y ya se habían pronunciado sobre su reconocimiento.

[62] Sobre el particular, puede consultarse la Sentencia T-1233 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la que la Corte al analizar el caso de una persona que solicitaba una pensión de jubilación, determinó que si bien el accionante había adelantado un proceso ordinario ante la jurisdicción laboral en el que se concluyó que no tenía derecho a dicha prestación periódica, también lo era que en el mismo no se habían examinado todas las posibles hipótesis normativas aplicables al asunto por no haberse planteado en la respectiva demanda, por lo que al verificarse que uno de tales supuestos legales no estudiados por los jueces laborales permitía reconocer la mesada de vejez, se procedió a tutelar las prerrogativas fundamentales del peticionario y a decretar el derecho a la misma.

[63] El artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social señala: "Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación." Sobre el correcto entendimiento de dicha disposición, puede consultarse la providencia C-968 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

[64] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”

[65] Sobre el tema se puede consultar la Sentencia C-177 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[66] Al respecto, la Corte resalta que en algunas empresas era común el establecimiento de pensiones convencionales, las cuales eran pagadas directamente por las compañías al cumplirse ciertos requisitos, que en muchos casos eran mucho más flexibles que los contemplados en las leyes de la época.

[67] “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”

[68] “Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras.”

[69] Al respecto, es importante mencionar que con el fin de proteger a los trabajadores que llevaban un largo tiempo laborado para una misma empresa, pero que no cumplían 20 años de servicio, se establecieron prestaciones como la pensión sanción y la pensión restringida de jubilación contempladas en la Ley 171 de 1961, “Por la cual se reforma la ley 77 de 1959 y se dictan otras disposiciones sobre pensiones.”

[70] Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles).

[71] “Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.”

[72] Aparte extraído del texto de la exposición de motivos del proyecto de ley presentado al Congreso el 26 de julio de 1945 por el Ministro de Trabajo, doctor Adán Arriaga Andrade, documento con base en el cual se expidió la Ley 90 de 1946, que estableció el seguro social obligatorio y creó el ICSS.

[73] “Sobre Código Sustantivo del Trabajo.”

[74] “Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, Vejez y Muerte.”

[75] “Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.”

[76] Sobre la constitucionalidad y la legalidad de la facultad de ISS de establecer la cobertura gradual, pueden consultarse las sentencias proferidas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 9 de septiembre de 1982 y por el Consejo de Estado el 9 de abril de 1973.

[77] “Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, Vejez y Muerte.”

[78] Artículo 59.

[79] Artículo 59.

[80] Artículo 60.

[81] “Artículo 8. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. // Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad. // La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. // En todos los demás aspectos de la pensión aquí

prevista se registrá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación (...).”

[82] Artículo 61. Sobre este artículo, la Sala resalta que en su párrafo 1º señalaba: “Esta disposición registrá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del seguro invalidez, vejez y muerte.”

[84] Artículo 57.

[85] Sobre el por qué se estableció una pensión de 500 semanas, pueden consultarse los artículos: Campo de Aplicación y Régimen de Transición del Sistema de Pensiones del doctor José Roberto Herrera Vergara y Vejez en el Instituto de los Seguros Sociales del doctor Germán Valdés Sánchez, publicados en el libro Comentarios a la Reforma de Seguridad Social, Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Dike, 1994, páginas 107 a 151.

[86] Artículo 11.

[87] “Por el cual se expide el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del Instituto de Seguros Sociales.”

[88] Artículo 48 de la Constitución.

[89] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

[90] “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

[91] Dicha disposición encuentra su antecedente más cercano en el párrafo 1º del artículo 37 de la Ley 50 de 1990, que establecía que: “en aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiriera el derecho proporcional a la pensión de vejez.”

[92] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[93] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[94] Al respecto en la Sentencia C-1024 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), se señaló que “si bien la disposición sufrió algunas modificaciones de menor entidad, el contenido normativo continúa siendo el mismo. En efecto, la comparación entre la norma original y el resultado ocasionado con posterioridad a su reforma, registra los siguientes cambios: (i) Se modifica la expresión condicional “siempre que” por un nuevo condicionamiento más explícito “siempre y cuando”. // (ii) Se altera levemente la redacción de la siguiente frase “la vinculación se encuentre vigente” por “la vinculación se encontrara vigente”, en razón a la modificación previa en la composición del condicionamiento. // (iii) Y, finalmente, se precisa que la expresión normativa “con posterioridad a la vigencia de la presente ley” hace referencia a la Ley 100 de 1993 y no a la Ley 797 de 2003, pues corresponde a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones.”

[95] Según dicha intervención en algunas empresas la nueva provisión ordenada por la ley significó un incremento del 90% en el valor de sus pasivos actuariales.

[96] Ley 171 de 1961.

[97] Al respecto, en la Sentencia C-220 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte sostuvo que “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales hace referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos. En efecto, los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores positivizado por la Constitución que guía las decisiones de todas las autoridades, incluido el Legislador.”

[98] La Corte, además de los postulados constitucionales, estima que para efectos de determinar la eventual vulneración de derechos en esta hipótesis, la Observación General Núm. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituye una pauta constitucionalmente relevante, ya que en dicho instrumento se destaca la importancia de la seguridad social, no solo por constituir un derecho humano, sino también por ser condición necesaria para la satisfacción de los demás derechos, y por constituir un mecanismo idóneo y útil para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social, promover la inclusión social, y por tener un marcado carácter redistributivo. El referido acto dispone: “El derecho

a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto (...) La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social (...) El derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos enunciados en el Pacto.”

[99] Sentencia C-1187 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz).

[100] Sentencia T-550 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

[101] Literal b) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993.

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

[103] Folio 464 del cuaderno del proceso ordinario laboral.

[104] Según la historia laboral del accionante disponible en la página web oficial de Colpensiones, consultada por la Sala el día 22 de julio de 2013.

[105] “Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

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

dicho lapso, teniéndose que aplicar el segundo supuesto para examinarse la posibilidad de acceder a la prestación.

[107] El número de semanas que le faltan al peticionario para acceder a la pensión de jubilación se obtiene de realizar la sustracción de las reconocidas por Colpensiones como aportadas a las exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la prestación (943,43 - 1000 = -56.57).

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

[109] “Artículo 21. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. // Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

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

[111] Folio 56 del cuaderno principal del proceso laboral.

[112] Según consta en la fotocopia de la cédula de ciudadanía visible en el folio 49 del cuaderno principal del proceso laboral.

[113] La Sala consultó la historia laboral del accionante disponible en la página web oficial de Colpensiones, el día 22 de julio de 2013. Al respecto, esta Corporación reitera que dicha información debe presumirse cierta, en atención al deber de las entidades públicas de sistematizar los documentos que estén a su cargo, para asegurar su conservación. Sobre el tema pueden consultarse la Sentencia T-214 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), en

la que este Tribunal sostuvo que: “Puede afirmarse que las entidades públicas que tienen a su cargo la conservación de documentos, adquieren a su vez la obligación correlativa de sistematizarlos en archivos que permitan a los ciudadanos acceder a la información que ellos guardan, como condición necesaria para el ejercicio de los derechos a ellos asociados. Esto implica también el deber jurídico de emplear todos los medios técnicos y humanos que estén a su alcance para evitar su deterioro y pérdida.”

[114] Como se explicó en el fundamento 9.19, en la presente oportunidad la normatividad aplicable es el Acuerdo 049 de 1991, que en su artículo 12 exige para el reconocimiento de la pensión de vejez los siguientes requisitos: “a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

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

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

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

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

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

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre

juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

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

[118] Constitución Política, art. 1º.

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

[120] Sentencia T-770 de 2013.