

Sentencia T-518/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Fundamento constitucional

El artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela procede contra toda “acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley, y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en ella. Por esta razón, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que infringen los derechos fundamentales de las partes, en particular el derecho al debido proceso, y que se apartan notablemente de los mandatos constitucionales. Sin embargo, la Corte ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela. En desarrollo del artículo 86 constitucional, el Decreto 2591 de 1991 previó la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales por las autoridades judiciales en sus decisiones. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del decreto, los cuales se referían a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales. En aquel momento, la Corte consideró que la acción de tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales, y que permitir su ejercicio contra tales providencias, vulneraría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial. No obstante la declaración de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte mantuvo abierta la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales cuando éstas constituyeran manifiestas vías de hecho. Así, a partir de 1992, esta Corporación comenzó a admitir la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que constituyen vías de hecho, es decir, decisiones manifiestamente arbitrarias porque, por ejemplo, (i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii) se basan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto

procedimental). Con el paso del tiempo, el Alto Tribunal en su jurisprudencia fue identificando otros defectos constitutivos de vías de hecho.

ACCION DE TUTELA CONTRA AUTO INTERLOCUTORIO-Improcedencia general

El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos interlocutorios, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. Entonces, la acción de tutela procederá solamente (i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes, que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable. En el primer caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

Si bien es cierto, los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para aplicar las normas jurídicas que consideren pertinentes en los casos a ellos planteados, dicha facultad no es absoluta, pues por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho. Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera

manifiestamente errada o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela es el mecanismo apropiado. En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto fáctico tiene lugar cuando la valoración probatoria realizada por el juez es arbitraria y abusiva, o constituye un desconocimiento del debido proceso, esto es, cuando el funcionario judicial: (i) deja de valorar una prueba aportada o practicada en debida forma y que era determinante para la resolución del caso; (ii) cuando sin razones justificadas excluye una prueba, o (iii) valora un elemento probatorio al margen de los cauces racionales. Entonces, corresponde al juez constitucional evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso; sin embargo, en esta misión el administrador de justicia no puede convertirse en una instancia que revise el análisis probatorio que realiza el juez ordinario, pues ello sería contrario al carácter subsidiario de la acción de tutela e implicaría invadir la competencia y la autonomía de las otras jurisdicciones.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Esta Corporación, en su jurisprudencia, ha precisado que el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, y en la función de la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de esta norma Superior. dado

que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares, resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados, ello porque a los jueces no les es dable en su labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, pues de hacerlo, se constituye una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

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

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

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Contenido

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Marco histórico en Colombia

PENSION DE VEJEZ-Jurisprudencia constitucional sobre reconocimiento y pago

PENSION DE VEJEZ-Obligación del empleador de realizar aprovisionamiento hacia futuro sobre cálculo actuarial por tiempo de servicios

Antes de 1991, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación correspondían al empleador, quien mantenía dicha obligación hasta la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales o las cajas de previsión correspondientes. Las entidades de seguro social para los empleados públicos y oficiales fueron las cajas de previsión social, creadas en virtud de la Ley 6 de 1945. Estas cajas asumieron las obligaciones pensionales que estaban en principio en cabeza de las entidades estatales, quienes a partir de la Ley 6 de 1945 tenían la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para el traslado de las cotizaciones a dichas entidades una vez se crearan. antes de 1991, para el sector público y para los particulares -desde 1945 en algunos casos y desde 1946 en otros-, existía la obligación en cabeza de los empleadores de hacer el aprovisionamiento de las cotizaciones correspondientes al tiempo laborado por

sus trabajadores con el fin de trasladar esos recursos al Instituto de Seguros Sociales o a las cajas de previsión correspondientes una vez éstas asumieran el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez o muerte o, excepcionalmente, reconocer y pagar en el futuro la pensión de jubilación de sus trabajadores, una vez reunieran los requisitos para el efecto. Se reitera que esta última hipótesis era excepcional, pues el espíritu de las normas citadas en la sección anterior es que todos los trabajadores -públicos y privados- estuvieran afiliados al seguro social obligatorio, bien a través del Instituto de Seguros Sociales o de las cajas de previsión. La obligación de aprovisionamiento desde 1945 y 1946 ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación. Así, esta Corte ha protegido el derecho a la pensión de aquellas personas que trabajaron antes de la creación del ISS y/o de las cajas de previsión social, y que solicitan el reconocimiento de su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a quienes no les ha sido tenido en cuenta el tiempo trabajado antes de la afiliación a las referidas entidades de seguridad social.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL E IN DUBIO PRO OPERARIO-Acumulación de tiempos laborados y no cotizados antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993

La interpretación permite: (i) proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, (ii) garantizar que las personas que, en razón de su edad, no cuentan con la capacidad laboral necesaria para obtener los recursos económicos para disfrutar de una vida digna, reciban una pensión acorde con el esfuerzo realizado en su etapa productiva, y (iii) otorgar un tratamiento igual, por cuanto todas las personas a quienes les fueron descontados aportes pensionales y a quienes no se les reconocen sus derechos bajo el argumento de que para la época no existía caja de previsión legalmente constituida para realizar dichos aportes, merecen la misma protección que aquellos a quienes se les descontaron sus aportes para ser depositados en los distintos fondos de pensiones creados a partir de la Ley 100 de 1993.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto sustantivo por cuanto Tribunal inaplicó norma ley 6 de 1945 para reconocimiento pensión de vejez

Para la Sala es claro que en el presente asunto la Sala Laboral del Tribunal Superior adoptó su decisión inaplicando una norma indiscutiblemente aplicable al caso, como lo es la Ley 6

de 1945, que estatuyó una obligación importante para la relación de la entidad empleadora con sus trabajadores, consistente en la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada a la caja de previsión respectiva, cuando se asumiera por parte de ésta el pago de la pensión de jubilación.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto fáctico por cuanto Tribunal no tuvo en cuenta certificado donde consta periodos descontados para reconocimiento pensión de vejez

La Sala considera que la Sala Laboral del Tribunal Superior incurrió en un defecto fáctico, por cuanto el periodo no reconocido por ella como efectivamente cotizado y por el cual niega la pensión de vejez de la accionante, es acreditado como descontado a la accionante por el certificado de informe laboral contenido en el expediente, en el cual consta que sí se le descontaron los periodos.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por violación directa de la Constitución por cuanto Tribunal no aplicó principio de favorabilidad para reconocimiento pensión de vejez

PENSION DE VEJEZ Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Orden de dejar en firme fallo que reconoció pensión de vejez a la accionante, quien padece discapacidad visual

Referencia: expediente T-3783531

Acción de Tutela instaurada por la señora Diva Elvira Sandoval Potes, contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Derechos invocados: vida digna, seguridad social, igualdad y debido proceso.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil trece (2013).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio PreteltChaljub -quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto

Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el 30 de enero de 2013, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo proferido el 19 de noviembre de 2012, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negó el amparo invocado por la accionante.

1. ANTECEDENTES

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

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la Sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

Jaime Ramón Carbonell Palacio, apoderado de la señora Diva Elvira Sandoval Potes, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad, y al debido proceso. En consecuencia, pide que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de septiembre de 2012, mediante la cual revocó la decisión emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito Judicial de Bogotá el 5 de mayo de 2012, en la que reconoció y ordenó el pago de su pensión de vejez.

1.1.1. Hechos

1.1.1.1. La señora Diva Elvira Sandoval Potes tiene 61 años de edad, trabajó por más de 20 años para la Universidad de Caldas, y en la actualidad padece discapacidad visual del 95%[1].

1.1.1.2. Expresa que a través de la resolución N° 08876 del 12 de abril de 2010, el ISS le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que había reclamado, por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, sostiene que el ISS estableció en ese mismo acto administrativo, que el tiempo cotizado junto con el laborado en el sector público, arrojaba un total de 1.033 semanas, lo cual equivale a más de 20 años. Aduce la accionante que con lo anterior, se desconoce que “la norma aplicable para este caso es la Ley 71 de 1988 debido a que la Universidad de Caldas es una entidad pública del orden nacional y a ella prestó sus servicios”.

1.1.1.3. Manifiesta que en vista de lo anterior, inició proceso ordinario laboral contra el ISS, el cual, una vez cumplidas las actuaciones correspondientes, culminó en primera instancia con sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se reconoció el derecho reclamado.

1.1.1.4. Aduce que remitido el proceso en grado de consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2012, revocó el fallo de primera instancia, al estimar que la accionante no había cumplido con los requisitos exigidos, “desconociendo con ello el tiempo laborado y acreditado en documentos públicos”.

Aduce que sobre el particular sostuvo el Tribunal:

“resta dilucidar si le asiste razón a la entidad demandada al desconocer el tiempo laborado con el argumento de que dichas cotizaciones causada, no fueron cotizadas a ninguna caja de previsión, justificación que es valedera pues para el reconocimiento de la pensión por aportes reglamentados por la Ley 71 de 1988 se requieren que se hubieran efectuado cotizaciones efectivas a una entidad de previsión social del sector público no siendo suficiente tiempo ni los servicios prestados como lo interpreta la parte actora si bien en el debate probatorio se logró acreditar que la demandante laboró al servicio de la Universidad de Caldas entre el periodo comprendido entre el primero de junio de 1976 y el 31 de marzo de 1979, por esta se logró demostrar que a primero de febrero de 1977 se creó la Caja de Previsión de dicha institución y por consiguiente sólo con posterioridad a esa fecha se pudieron efectuar aportes efectivos para lo cual sólo se puede validar los aportes

efectuados por la demandante en el periodo comprendido del primero de febrero de 1977 a 31 de marzo de 1979 equivalentes a 780 días de cotizaciones efectivas con destino a la caja de previsión social de dicha entidad pues el tiempo laborado con anterioridad a dicha universidad no cumple con los presupuestos de la Ley 71 de 1988.

La Sala acepta que la demandante cotizó válidamente un total de 7002 días equivalentes a 19.45 años los que son suficientes para adquirir la pensión de vejez como lo establece la norma específica".(SIC) (Negrillas en el texto).

1.1.1.5. Considera la accionante que el Tribunal accionado incurrió en una vía de hecho al afirmar que "en la documentación aportada aparece que se les descontaron los aportes pensionales durante el tiempo que laboró para la Universidad de Caldas, debiendo responder dicha entidad por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1976 al 31 de enero de 1977 y la Caja de la Universidad de Caldas por el que corresponde del 1° de febrero de 1977 al 31 de marzo de 1979".

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. Recibida la solicitud de tutela, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la admitió y requirió a las autoridades accionadas, a las partes y a los terceros involucrados en el proceso ordinario laboral, para que se pronunciaran sobre los hechos materia de la petición de amparo.

1.2.2. Vencido el término probatorio, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá precisó que la accionante solicitó aplicarle los preceptos consagrados en la Ley 71 de 1988, razón por la cual debía tener 55 años de edad y acreditar en cualquier tiempo 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

En efecto, determinó que no existía duda de que la demandante cumple con el requisito de edad. Respecto de los 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social u otras que hicieran sus veces, estableció que cotizó válidamente para el Instituto de Seguros Sociales un total de 888 semanas, pues así lo había reconocido este mismo mediante las resoluciones N° 17975 del 26 de mayo de 2011 y la N° 008876 del 12 de abril de 2010[2].

Así mismo, expresó que quedó acreditado que la accionante laboró al servicio de la Universidad de Caldas en el periodo comprendiendo entre el 1° de junio de 1976 y el 31 de marzo de 1979, no obstante, “según prueba decretada oficiosamente, se logró demostrar que sólo hasta el 1° de febrero de 1977 se creó la Caja de Previsión Social de dicha institución, y por consiguiente sólo con posterioridad a dicha data se pudieron efectuar aportes efectivos. Por lo anterior, solo se validaron los aportes efectuados por la accionante entre el 1° de febrero de 1977 y el 31 de marzo de 1979, equivalentes a 780 días de cotizaciones efectivas a la Caja de Previsión Social de dicha entidad, pues el tiempo laborado con anterioridad a dicho periodo en la Universidad de Caldas no cumple con los presupuestos de la Ley 71 de 1988. (...) En esas circunstancias la accionante cotizó válidamente un total de 7.002 días, equivalentes a 19.45 años, que resultaron insuficientes para adquirir la pensión conforme a la norma precitada”.

1.2.3. Vencido el término probatorio, el ISS manifestó que la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional, pues sólo es procedente cuando el juez ha incurrido en una vía de hecho y cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial para la protección del derecho fundamental vulnerado.

Al respecto, adicionó el instituto que sólo cuando se compruebe que la decisión de que se trate, dada su gravedad e ilicitud, pueda estructuralmente ser calificada como una calara vía de hecho, puede el juez de tutela entrar a pronunciarse sobre la misma. Para ello, adujo que la jurisprudencia ha sido clara en manifestar que procede el amparo constitucional cuando se presente alguno de los siguientes defectos: i) defecto sustantivo, ii) defecto fáctico, iii) defecto orgánico y iv) defecto procedimental.

Adicional a lo anterior, sostuvo que dada la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, que no ha sido concebida para sustituir a los jueces ordinarios, dicho mecanismo sólo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que lo pretendido hubiese sido evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En cuanto a las características del perjuicio irremediable, el ISS expresó que: i) éste debe ser inminente; ii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio han de ser urgentes; iii) no basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño; y iv) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de

tutela sea impostergable.

Así las cosas, concluyó afirmando el interviniente que “ninguno de los elementos del perjuicio irremediable han sido demostrados por el accionante para que proceda el amparo constitucional”.

1.3. DECISIONES JUDICIALES

1.3.1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia proferida el 19 de noviembre de 2012, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar el amparo invocado, aduciendo que no puede pretenderse que a través de la acción de tutela se emita resolución favorable a los intereses de una u otra parte, menos aun cuando los mismos versan sobre asuntos de derecho que fueron resueltos en su oportunidad procesal.

La Sala indicó que la Corporación Judicial accionada se apoyó en reflexiones que cumplen con el mínimo de razonabilidad, por lo que no se advierte vía de hecho.

Por último, sostuvo el a quo que si la accionante no está de acuerdo con la decisión del ente accionado, debió haber hecho uso del recurso de casación que la ley le otorga dentro del trámite del proceso ordinario laboral, “siendo ese el escenario indicado para abogar por las garantías constitucionales peticionadas, sin que pueda el juez constitucional suplir ni desplazar la actividad judicial que por disposición legal le es asignada al juez natural, teniendo en cuenta la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de amparo”.

1.3.2. Impugnación

Dentro de la oportunidad legal prevista, la accionante mediante apoderado judicial impugnó la decisión, argumentado que tiene adquirido su derecho pensional, toda vez que en el año 2006 cumplió la edad exigida para tal fin, es decir, 55 años de edad, y por haber cotizado más de 20 años al sistema de pensiones, tiempo correspondiente a 1.033 semanas, por lo que la ley aplicable en este caso es la 71 de 1988.

Así mismo determinó que:

“no es posible entender por qué el ISS le reconoce a mi representada 1033 semanas cotizadas para pensión, y el juez de primera instancia falla a su favor si el abogado defensor del ISS no apela el fallo de primera instancia, lo que indica que está conforme con ello, si el Bono Pensional expedido por la Universidad de Caldas, que goza de presunción de legalidad, ya que en él aparece claramente en el capítulo E. APORTES PARA PENSIÓN-Casilla 31, que a la señora Diva Elvira Sandoval SI se le descontaron los aportes pensional y La Casilla 32 CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES-indica que del día 1 del mes 6 año 1976 al día 31 del mes 1 de 1977 por ese periodo de cotizaciones responde la UNIVERSIDAD DE CALDAS. A renglón seguido agrega el Bono, que del día 1 del mes 2 del año 1977 hasta el día 31 del mes 3 de 1979, los aportes se hicieron a la recién creada CAJA UNIVERSIDAD DE CALDAS y que por este periodo de cotizaciones responde la CAJA DE LA UNIVERSIDAD DE CALDAS; cómo es que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá inexplicablemente desconoce el periodo comprendido entre el día 1 del mes 6 año 1976 al 31 del mes 1 de 1977 por el cual responde la UNIVERSIDAD DE CALDAS, contenida en el bono pensional. El cual, sí, reitero, le fue reconocido por el Seguro Social en la resolución 008876 de 2010 al computarle el tiempo laborado en ella por el periodo comprendido entre el 01/06/1976 al 31/03/1979, 1015?. Tiempo este decisivo para concretar el derecho a la prestación”. (SIC).

Termina afirmando el apoderado de la accionante, que de lo esgrimido anteriormente, queda claro que le están violando los derechos a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y al debido proceso a la señora Diva Elvira Sandoval Potes, quien es madre cabeza de familia y actualmente padece una discapacidad.

1.3.3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 30 de enero de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, argumentando que las razones aducidas por la impugnante no ofrecen la contundencia suficiente para derruirlo.

Así mismo, expresó que al no haber tenido éxito la pretensión en segunda instancia, y al no haber recurrido la accionante al recurso extraordinario de casación, la solicitud de amparo se hace improcedente, por cuando existía otro mecanismo de defensa judicial.

Por otra parte, el fallador de segunda instancia determinó que la sentencia impugnada no amerita ninguna modificación, pues está lejos de constituir una afrenta a los derechos fundamentales de la accionante, por cuanto el debate jurídico y probatorio fue debidamente superado en cada una de las instancias dentro de las cuales los sentenciadores plasmaron de manera razonable los motivos de su proceder. En virtud de ello, “impedido se encuentra el juez constitucional para inmiscuirse en la discusión jurídica-probatoria debatida ante los jueces naturales de la actuación, en particular, al no concurrir quebrantamientos a derechos fundamentales”.

Por último, manifestó el ad quem que no es posible que el juez de tutela en cualquiera de sus instancias habilite o reabra la discusión ya finiquitada cuando a las partes les asiste inconformidad con la tesis planteada por los funcionarios judiciales, porque ello implicaría que la tutela se convirtiera en una instancia adicional y ese no es su espíritu.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Obran en el expediente, entre otras, las siguientes:

1.4.1. Respuesta al derecho de petición elevado por la Señora Diva Elvira Sandoval Potes el 1º de abril de 2013 a la Universidad de Caldas, quien mediante escrito del 17 de abril de 2013 manifestó que dicha institución educativa responde por los aportes para pensión de la señora Sandoval Potes consignados así: 03/06/1976-31/01/1977: a la Universidad de Caldas.

1.4.2. Certificado de periodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales de la señora Sandoval Potes.

1.4.3. Copia del acta de posesión N° 080 de 1976, mediante la cual la señora Sandoval Potes se vinculó a la Universidad de Caldas.

1.4.4. Copia del resumen de las semanas cotizadas por el empleador de la señora Sandoval Potes, el cual fue expedido por Colpensiones.

1.4.5. Copia de la resolución N° 008876 del 12 de abril de 2010, mediante la cual el ISS resolvió la solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones -Régimen General de Prima Media con Prestación Definida, elevada por la señora Diva

Elvira Sandoval Potes.

1.4.6. Copia del certificado de informe laboral de la señora Diva Elvira Sandoval Potes.

1.4.7. Copia del certificado de salarios mes a mes de la señora Diva Elvira Sandoval Potes.

1.4.1. Historia Clínica de la señora Diva Elvira Sandoval Potes.

1.5. ACTUACIONES SURTIDAS POR LA SALA DE REVISIÓN

1.5.1. Mediante auto del 5 de julio de 2013, el despacho del Magistrado Ponente, dados los hechos y pretensiones referidos, consideró necesario:

“PRIMERO. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de este auto, ENVÍE copia de la totalidad del expediente correspondiente al proceso ordinario laboral iniciado por la señora Diva Elvira Sandoval Potes contra el ISS”.

1.6. PRUEBAS Y RESPUESTAS ALLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.6.1. Mediante escrito radicado el 29 de mayo de 2013, el representante legal de la señora Diva Elvira Sandoval Potes allegó documento en el que la Universidad de Caldas acredita que “Diva Elvira Sandoval Potes laboró en la universidad en el periodo comprendido entre el 03 de junio de 1976 al 01 de abril de 1979, por lo que durante el periodo anteriormente relacionado responde la Universidad de Caldas por los aportes para pensión, los cuales fueron consignados así: 03/06/1976-31/01/1977 a la Universidad de Caldas-01/02/1977-31/03/1979 a la Caja de la Universidad de Caldas”[3].

Además anexó: i) certificado de información laboral y de periodos de vinculación para pensiones y bonos pensionales, a nombre de la señora Diva Elvira Sandoval Potes, expedido por la Universidad de Caldas; ii) acta de posesión de la señora Diva Elvira Sandoval Potes como profesora de tiempo completo en la Universidad de Caldas, adiada a 10 de junio de 1976 (en ella consta que dicha posesión surte efectos desde el 3 de junio de 1976), y iii) el reporte de semanas cotizadas en pensiones por la señora Diva Elvira Sandoval Potes desde

enero de 1976 hasta mayo de 2013, expedido por Colpensiones.

1.6.2. Mediante escrito radicado el 12 de julio de 2013, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá envió a esta Corporación el expediente que contiene el proceso ordinario laboral de la señora Diva Elvira Sandoval Potes contra el ISS.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

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

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

2.2.1. Corresponde a esta Sala establecer si la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2012, vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la igualdad y al debido proceso de la señora Diva Elvira Sandoval Potes, al negarle su pensión de vejez por no reconocerle los aportes pensionales que le fueron descontados desde el primero de junio de 1976 hasta el 31 de enero de 1977, con el argumento de que para la época no existía caja de previsión legalmente constituida para realizar dichos aportes.

Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; iii) los requisitos especiales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; iv) el defecto sustantivo como causal de procedencia de la tutela contra providencia judicial; v) el defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; vi) la violación directa de la Constitución como defecto que hace procedente la tutela contra providencia judicial; y vii) la Seguridad Social en Pensiones con anterioridad y posterioridad de la Ley 100 de 1993.

Subsiguientemente, la Sala pasará a resolver el caso concreto.

2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

2.3.1. Fundamento Constitucional

El artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela procede contra toda “acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Las autoridades judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley, y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en ella. Por esta razón, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que infringen los derechos fundamentales de las partes, en particular el derecho al debido proceso, y que se apartan notablemente de los mandatos constitucionales. Sin embargo, la Corte ha precisado que la procedencia de la acción de tutela en estos casos debe ser excepcional, en atención a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela.

En desarrollo del artículo 86 constitucional, el Decreto 2591 de 1991 previó la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales por las autoridades judiciales en sus decisiones. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-543 de 1992, declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del decreto, los cuales se referían a la caducidad y la competencia especial de la tutela contra providencias judiciales. En aquel momento, la Corte consideró que la acción de tutela no había sido concebida para impugnar decisiones judiciales, y que permitir su ejercicio contra tales providencias, vulneraría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial.

No obstante la declaración de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, la Corte mantuvo abierta la posibilidad de interponer acciones de tutela contra providencias judiciales cuando éstas constituyeran manifiestas vías de hecho. Así, a partir de 1992, esta Corporación comenzó a admitir la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales que constituyen vías de hecho, es decir, decisiones manifiestamente arbitrarias porque, por ejemplo, (i) se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), (ii) son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), (iii)

se basan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), o (iv) fueron proferidas en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental). Con el paso del tiempo, el Alto Tribunal en su jurisprudencia fue identificando otros defectos constitutivos de vías de hecho.

Ahora bien, la doctrina de las vías de hecho fue replanteada en la sentencia C-590 de 2005. En este fallo, la Corte señaló que el desarrollo jurisprudencial ha conducido a diferenciar dos tipos de requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales: unos requisitos generales de procedencia de naturaleza estrictamente procesal, y unos requisitos específicos de procedibilidad de naturaleza sustantiva que recogen los defectos que antes eran denominados vías de hecho.

El concepto de providencia judicial comprende tanto las sentencias como los autos que son proferidos por las autoridades judiciales. Sin embargo, en materia de decisiones adoptadas en autos interlocutorios, la Corte ha señalado que éstas, por regla general, deben ser discutidas por medio de los recursos ordinarios que el legislador ha dispuesto para el efecto. Entonces, la acción de tutela procederá solamente (i) cuando se evidencie una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de las partes, que no puede ser reprochada mediante otros medios de defensa judicial. Por tanto, la acción constitucional no será procedente cuando han vencido los términos para interponer los recursos ordinarios y la parte afectada no hizo uso de ellos, o cuando fueron utilizados en forma indebida; (ii) cuando a pesar de que existen otros medios, éstos no resultan idóneos para proteger los derechos afectados o amenazados; o (iii) cuando la protección constitucional es urgente para evitar un perjuicio irremediable.[4] En el primer caso, para que proceda la tutela, deberán reunirse los requisitos generales de procedencia y los requisitos especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que han sido fijados por esta Corporación.

Ahora pasa la Sala a analizar los requisitos generales y los especiales que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado como necesarios para que proceda la tutela contra providencias judiciales.

2.3.2. Requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

Los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005, son condiciones de procedimiento que buscan hacer compatible la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con la eficacia de principios de estirpe constitucional y legal como la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, y la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama judicial.[5] Estos requisitos son los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[6]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[7]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[8]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un

efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[9]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[10]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

2.3.3. Requisitos especiales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

En la sentencia C-590 de 2005, a partir de la jurisprudencia sobre las vías de hecho, la Corte señaló los siguientes requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Se trata de defectos sustanciales que por su gravedad hacen incompatible la decisión judicial con los preceptos constitucionales.[13]

“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[14] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. 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.

f. 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.

g. 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"[15].

"h. Violación directa de la Constitución, que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución"[16].

Prima facie es relevante examinar: i) el defecto sustantivo, ya que al parecer la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá inaplicó una norma jurídica aplicable al caso concreto, como lo es la Ley 90 de 1946; ii) el defecto fáctico, debido a que se alega que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá desconoció el material probatorio obrante en el expediente, el cual de ser tenido en cuenta, hubiese variado su decisión; y iii) la violación directa de la Constitución, pues se alega que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá tomó una decisión que desconoce los principios y garantías constitucionales, pues éste, dilucidó que no era procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante, por cuanto no se podía reconocer los aportes pensionales que le fueron descontados desde el primero de junio de 1976 al 31 de enero de 1977, pues para la época no existía caja de previsión legalmente constituida para realizar dichos aportes, desconociendo con ello una interpretación favorable según la cual, el trabajador tiene derecho a que se le habilite en el Sistema de Seguridad Social como tiempo cotizado, el mismo tiempo trabajado.

Dado lo anterior, se procederá a hacer una breve caracterización del defecto sustantivo, del defecto fáctico y del defecto por desconocimiento de la Constitución como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.4. EL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto sustantivo como una circunstancia que determina cierta carencia de juridicidad de las providencias judiciales, aparece cuando la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

Específicamente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional: (i) aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso[17].

Frente a la configuración de este defecto puede concluirse que, si bien es cierto, los jueces dentro de la esfera de sus competencias, cuentan con autonomía e independencia judicial para aplicar las normas jurídicas que consideren pertinentes en los casos a ellos planteados, dicha facultad no es absoluta, pues por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que

identifican al actual Estado Social de Derecho[18].

Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela es el mecanismo apropiado. En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión[19].

2.5. EL DEFECTO FÁCTICO COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La jurisprudencia constitucional ha definido el alcance del defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, estableciendo que éste se presenta (1) cuando existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso, (2) cuando se da una valoración caprichosa o arbitraria a las pruebas existentes, o (3) cuando no se valora en su integridad el acervo probatorio[20].

Al respecto se pronunció la Corte en la sentencia T- 1065 de 2006[21], en la que se estudió el caso de un peticionario que consideró que sus derechos constitucionales fundamentales a acceder a la administración de justicia, a la garantía del debido proceso, al mínimo vital así como la protección especial que otorga la Constitución a personas puestas en condiciones de debilidad manifiesta, habían sido desconocidos mediante la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, pues en su parecer, este Tribunal interpretó de manera errónea el acervo probatorio y, al hacerlo, incurrió en vía de hecho por defecto fáctico. Aquí esta Corporación sostuvo que:

En vista de las consideraciones realizadas a lo largo de esta sentencia, la Corte tuteló el derecho al debido proceso del accionante, por considerarlo vulnerado por la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, quien interpretó de manera errónea el acervo probatorio.

Luego, en la Sentencia T-417 de 2008[22], la Corte revisó el caso de una persona que presentó demanda de reducción o pérdida de intereses pactados contra el Banco Popular, y a quien el juez de segunda instancia le negó su derecho por una interpretación errada del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil. La Corte estableció algunos eventos que pueden dar lugar a la interposición de acciones de tutela contra providencias judiciales por configurarse una vía de hecho por el acaecimiento de algunos defectos, entre los cuales encontramos el defecto fáctico. Dichos eventos son:

“El primero, por omisión: sucede cuando sin razón justificada el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece claramente en el proceso. Nótese que esta deficiencia probatoria no sólo se presenta cuando el funcionario sustanciador: i) niega, ignora o no valora arbitrariamente las pruebas debida y oportunamente solicitadas por las partes, sino también cuando, ii) a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas. De hecho, no debe olvidarse que aún en los procesos con tendencia dispositiva, la ley ha autorizado al juez a decretar pruebas de oficio[23] cuando existen aspectos oscuros o dudas razonables que le impiden adoptar una decisión definitiva. Pero, incluso, existen ocasiones en las que la ley le impone al juez el deber de practicar determinadas pruebas como instrumento válido para percibir la real ocurrencia de un hecho.

Un ejemplo de este tipo de defectos se encuentra en la sentencia T-949 de 2003, en la cual se encontró que el juez de la causa decidió un asunto penal sin identificar correctamente a la persona sometida al proceso penal, y que además había sido suplantada. La Sala Séptima de Revisión concluyó que correspondía al juez decretar las pruebas pertinentes para identificar al sujeto activo del delito investigado y la falta de ellas constituía un claro defecto fáctico que autorizaba a ordenar al juez competente la modificación de la decisión judicial. En el mismo sentido, la sentencia T-554 de 2003, dejó sin efectos la decisión de un fiscal que dispuso la preclusión de una investigación penal sin la práctica de un dictamen de Medicina Legal que se requería para determinar si una menor había sido víctima del delito sexual que se le imputaba al sindicado. Igualmente, en sentencia T-713 de 2005, la Sala Quinta de Revisión declaró la nulidad de una sentencia de segunda instancia porque el juez no se pronunció respecto de la solicitud de práctica de pruebas que el actor había formulado en ese momento procesal”.

En el mismo pronunciamiento, la Corte explicó que “el defecto fáctico por acción se presenta cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso hay: i) una errada interpretación de ellas, ya sea porque se da por probado un hecho que no aparece en el proceso, o porque se examinan de manera incompleta, o ii) cuando las valoró a pesar de que eran ilegales o ineptas, o iii) fueron indebidamente practicadas o recaudadas, de tal forma que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la contraparte”.

Para terminar, esta providencia resaltó que procede la protección de los derechos fundamentales afectados con una sentencia ejecutoriada cuando el defecto fáctico resulta determinante para la decisión, esto es, “cuando el error en el juicio valorativo de la prueba sea de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”.

En consecuencia de lo anterior, la Corte consideró que los jueces de instancia incurrieron en un defecto fáctico por omisión, al no valorar un concepto técnico que aportó al proceso verbal sumario la parte demandante, lo que vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la accionante. Por esa razón, la acción de tutela prosperó.

Entonces, puede sostenerse que los defectos fácticos se presentan en dos dimensiones a saber, y que corresponden a: una dimensión negativa, que se presenta cuando el juez niega el decreto o la práctica de una prueba o la valora arbitraria, irracional y caprichosamente. También cuando omite su valoración[24], y cuando sin una razón valedera, considera que no se encuentra probado el hecho que de la misma deriva clara y objetivamente[25]; y a una dimensión positiva, que generalmente se exterioriza cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar y al hacerlo desconoce la Constitución[26].

Así las cosas, se tiene entonces que el defecto fáctico tiene lugar cuando la valoración probatoria realizada por el juez es arbitraria y abusiva, o constituye un desconocimiento del debido proceso, esto es, cuando el funcionario judicial: (i) deja de valorar una prueba aportada o practicada en debida forma y que era determinante para la resolución del caso; (ii) cuando sin razones justificadas excluye una prueba, o (iii) valora un elemento probatorio

al margen de los cauces racionales. Entonces, corresponde al juez constitucional evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la realidad probatoria del proceso; sin embargo, en esta misión el administrador de justicia no puede convertirse en una instancia que revise el análisis probatorio que realiza el juez ordinario, pues ello sería contrario al carácter subsidiario de la acción de tutela e implicaría invadir la competencia y la autonomía de las otras jurisdicciones.

2.6. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Esta Corporación, en su jurisprudencia, ha precisado que el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, y en la función de la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía e integridad de esta norma Superior[27].

La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución, en principio fue concebida como un defecto sustantivo. Así por ejemplo, en la Sentencia SU- 1722 de 2000, en la que se estudiaron acciones de tutela interpuestas contra providencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se les agravó la pena a los apelantes únicos argumentando que concurrían el recurso de apelación, la Corte Constitucional señaló que desconocer la disposición constitucional que expresamente prohíbe al superior funcional “agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, suponía la materialización del defecto sustantivo. Al respecto manifestó la Corte que:

“En los casos que son objeto de revisión, la Corte aprecia un defecto sustantivo, en la medida en que las decisiones impugnadas se fundan en la sumisión de la no reforma en peor frente al principio de legalidad, lo cual resulta evidente inaplicable. En este sentido, el error superlativo en que incurrieron las autoridades demandadas consistió en el desconocimiento del principio constitucional consagrado en el inciso 2º del artículo 31 de la

Constitución”. (Negrilla fuera del texto).

En el mismo sentido se pronunció la sentencia SU- 159 de 2002, en la que, al estudiar el caso de un proceso penal iniciado por la publicación del artículo “Conversación entre ministros”, en la cual se dio a conocer una comunicación telefónica en la que el entonces Ministro de Minas y Energía hablaba con el Ministro de Comunicaciones de la época, sobre la adjudicación de una emisora en la ciudad de Cali, la Corte explicó que existe un defecto sustantivo cuando se violan derechos iusfundamentales con la providencia dictada. En este caso se dijo que la prueba que se había allegado al proceso ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se había obtenido violando derechos fundamentales del procesado. En palabras de la Corporación:

“(…) el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional, (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a lo expresamente señalados por el legislador”. (Negrillas fuera del texto).

Con posterioridad a las decisiones antes citada la Corte en la sentencia T-949 de 2003, al revisar el caso de una providencia proferida en un proceso penal en el que se había condenado erróneamente a una persona que había sido suplantada, reiteró lo relativo a los defectos sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico, e incluyó como una causal de procedibilidad de la acción de tutela de carácter independiente y autónoma, el defecto derivado del desconocimiento de una norma constitucional aplicable al caso concreto. En esta oportunidad dijo la Corte[28]:

“(…) todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional

(afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad; es decir, una vez haya constatado la existencia de alguno de los seis eventos suficientemente reconocidos por la jurisprudencia: (i) defecto sustantivo, orgánico o procedimental; (ii) defecto fáctico; (iii) error inducido; (iv) decisión sin motivación, (v) desconocimiento del precedente y (vi) violación directa de la Constitución". (Negrilla fuera del texto).

Finalmente, la anterior interpretación se consolidó en la sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte al estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra la disposición del Código de Procedimiento Penal, que aparentemente proscribía la acción de tutela contra fallos dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluyó definitivamente a la violación directa de la Constitución como un defecto autónomo que justifica la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Al respecto sostuvo el Alto Tribunal de lo Constitucional:

"(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i), cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii), al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución".

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución cuando: "(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad"[29].

Se colige entonces que, dado que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen

mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares, resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida e irrazonablemente tales postulados, ello porque a los jueces no les es dable en su labor apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, pues de hacerlo, se constituye una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

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

2.7.1. El derecho a la seguridad social en pensiones a la luz de los instrumentos internacionales

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

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

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

la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

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

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

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

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por Colombia mediante la Ley 146 de 1994, que en su artículo 61, numeral 3, establece que: “Con sujeción a los acuerdos bilaterales o multilaterales que se les apliquen, los Estados Partes procurarán conseguir que los trabajadores vinculados a un proyecto estén debidamente protegidos por los sistemas de seguridad social de sus Estados de origen o de residencia habitual durante el tiempo que

estén vinculados al proyecto. Los Estados Partes interesados tomarán medidas apropiadas a fin de evitar toda denegación de derechos o duplicación de pagos a este respecto”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-“Protocolo de San Salvador”-, aprobado por Colombia mediante la Ley 1319 de 1996, en su artículo 9 manifiesta que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

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

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

2.7.2. Contenido del derecho a la seguridad social en pensiones

En cuanto al contenido del derecho a la seguridad social en pensiones, es de recibo traer a colación la Sentencia C-258 de 2013[30], en la que esta Corporación hizo un análisis cuidadoso de la composición y alcance de esta garantía constitucional. En dicho fallo se

expresó que:

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

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

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

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

Además, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Según el principio de universalidad, el Estado -como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al

mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social -con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

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

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

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

La historia de la seguridad social en Colombia ha sido estudiada en diferentes ocasiones por esta Corporación[31]. Al respecto se puede advertir que la Constitución Política de 1886 no contenía una norma directamente orientada a garantizar plenamente la seguridad social, y en su artículo 19 solamente se pregonaba por “una asistencia pública, encaminada a la protección de las personas incapacitadas para trabajar”; por lo que se puede decir que el sistema de seguridad social adquiere sustento constitucional con la promulgación de la Constitución de 1991, pues es a partir de ella cuando se reconoce la seguridad social como un servicio público y un derecho de carácter obligatorio, irrenunciable y universal. Asimismo, con la Carta de 1991 se abre el camino para que la jurisprudencia constitucional continúe desarrollando dicho derecho.

A continuación se hará un breve recuento de lo manifestado por esta Corporación en la sentencia T-784 de 2010, posteriormente reiterada por las sentencias T-125 de 2012 y T-754 de 2012[32], entre otras, respecto a la historia de la seguridad social en Colombia, en particular sobre la obligación de los empleadores de hacer provisionamientos para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores y sobre la obligación de afiliación a las diferentes entidades a cargo del reconocimiento de las pensiones.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 no existía un riguroso y adecuado desarrollo normativo en la materia[33], lo que se evidencia en la coexistencia de diferentes regímenes pensiones que eran administrados por diversas entidades, y en el hecho de que a ciertos empleadores les correspondía asumir el pago de las pensiones[34].

Así las cosas, se tiene que en sus inicios, por regla general, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación, correspondían al empleador[35], motivo por el cual, con el fin de reglamentar las relaciones de los empleadores con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, considerada como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo. El artículo 14 de dicha ley estableció en materia de pensiones de los trabajadores del sector privado

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

- a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;
- b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;
- c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La

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

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

“b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

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

En el artículo 18 de la ley en mención se consagró además que el Gobierno Nacional procedería a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, posteriormente llamada CAJANAL[36], a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados oficiales[37].

El artículo 23 de dicha ley[38] instituyó en cabeza de los departamentos, intendencias y municipios que no tuvieran organizadas instituciones de previsión social, la obligación de crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicha ley, por lo que en Colombia aparecieron centenares de cajas de previsión social del sector público a nivel territorial, como por ejemplo la Caja Social de Previsión y el Fondo de Salud de la Universidad de Caldas, que se creó mediante el Acuerdo N° 010 de 1977.

Finalmente, el artículo 29 permitía la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público con el fin de acceder a una pensión de jubilación[39].

Posteriormente, con la expedición de la Ley 90 de 1946, se instituyó el seguro social obligatorio para todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje[40], y se creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[41]. Para efectos de esta ley, el artículo 3 precisó que estarían asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades explotaran directa o indirectamente o de las cuales fueran accionistas o copartícipes. El artículo 5 indicó que también estarían sujetos al régimen de seguro obligatorio “los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedan de mil ochocientos pesos (\$ 1.800) por año”[42].

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

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

También se debe recordar que la Ley 90 de 1946 reemplazó, para los cubiertos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la pensión de jubilación por la de vejez, y señaló en su artículo 76 que para que el Instituto asumiera el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con antelación a la expedición de esa ley, era necesario que el “patrono” aportara “las cuotas proporcionales correspondientes”.Este artículo también

reiteró que las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior estaban obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirían afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hubieran venido laborando para ellos, hasta que el Instituto conviniera en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales[43].

Por último, el artículo 82 autorizó la continuidad de las instituciones de previsión social existentes en caso de que reconocieran prestaciones mayores o por lo menos iguales a las determinadas en la Ley 90 de 1946[44].

Así las cosas, se tiene que la Ley 90 de 1946, además de crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, introdujo una obligación en cabeza de los empleadores para con sus trabajadores, consistente en hacer los aprovisionamientos de capital correspondientes en cada caso para que éstos fueran entregados al Instituto cuando se asumiera por parte de éste el aseguramiento frente a los riesgos de vejez e invalidez.

Es de recordar además que en los casos en que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales hubiese asumido el aseguramiento de tales riesgos, los recursos para su cubrimiento, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, provendrían de un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y el Estado; no obstante, el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono[45].

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo[46], en su artículo 259, reiteró la regla de que temporalmente el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación, estaría en cabeza del empleador, hasta que el riesgo correspondiente fuera asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El precepto citado consagraba que:

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

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto” (negrilla fuera de texto).

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

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

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

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

Posteriormente, el Decreto 2709 de 1994, “por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988”, estableció en su artículo 1º que: “La pensión a que se refiere el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes. Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”[47].

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

su artículo 11 expresó lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

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

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

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

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional"[48].

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

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

La Ley 6 de 1945 impuso la obligación a (i) los empleadores que tuvieran un capital de más de un millón de pesos -artículo 14- y (ii) las entidades públicas del orden nacional -artículo

17-, de hacer los aprovisionamientos necesarios para el pago de la pensión de jubilación de los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios.

Esta ley dispuso además que el pago de la pensión estaría a cargo de esos empleadores privados hasta tanto se creara un seguro social obligatorio, el cual los subrogaría en la obligación y se abrogaría los riesgos de vejez, invalidez y muerte. Por otra parte, para los empleados y obreros nacionales, la ley dispuso la creación de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, y en virtud de la obligación contenida en su artículo 23, se crearon además otras cajas de previsión del sector público a nivel territorial, quienes tuvieron a su cargo el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte de dichos trabajadores. Como la introducción de esas instituciones de previsión y el seguro social obligatorio sería futuro y progresivo, en virtud de la Ley 6 de 1945, los empleadores -tanto privados como públicos cobijados por la ley- mantuvieron el deber de realizar el aprovisionamiento de los fondos necesarios para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, con el fin de que tales recursos luego fueran trasladados a las nuevas entidades cuando asumieran el cubrimiento de los riesgos de sus trabajadores.

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

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

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

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

Así las cosas, se puede concluir que la lectura del párrafo 1º, literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debe hacerse de manera integrada con lo señalado en precedencia, es decir, teniendo en cuenta que cuando la norma establece que “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 (...)”, está haciendo referencia a esos casos excepcionalísimos en los que los empleadores aun mantenían la obligación de reconocer las pensiones de sus trabajadores y no de aquellos que ya estaban afiliados o existía la obligación de afiliarlos al ISS o a las cajas de previsión social.

2.7.4. Jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez

Antes de 1991, las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación correspondían al empleador, quien mantenía dicha obligación hasta la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales o las cajas de previsión correspondientes.

Las entidades de seguro social para los empleados públicos y oficiales fueron las cajas de previsión social, creadas en virtud de la Ley 6 de 1945. Estas cajas asumieron las obligaciones pensionales que estaban en principio en cabeza de las entidades estatales, quienes a partir de la Ley 6 de 1945 tenían la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para el traslado de las cotizaciones a dichas entidades una vez se crearan.

Con la Ley 90 de 1946 se creó el ISS como entidad encargada de manejar el seguro social obligatorio para (i) todos los trabajadores nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, (ii) los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales, y (iii) algunos trabajadores independientes -ver sección anterior-, por lo que, a dicho instituto debían trasladarse los dineros provenientes de las cotizaciones para pensiones tanto por los empleadores como por los trabajadores.

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

La obligación de provisionamiento desde 1945 y 1946 ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Corporación. Así, esta Corte ha protegido el derecho a la pensión de aquellas personas que trabajaron antes de la creación del ISS y/o de las cajas de previsión social, y que solicitan el reconocimiento de su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a quienes no les ha sido tenido en cuenta el tiempo

trabajado antes de la afiliación a las referidas entidades de seguridad social.

En este sentido, en la Sentencia T-784 de 2010[50], la Corte conoció el caso de un señor de 66 años que había trabajado para la empresa Texas Petroleum Company y/o Chevron Texaco desde el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992 (7 años y 11 meses), y quien alegó que durante la vigencia de dicha relación laboral su empleador nunca realizó las cotizaciones ordenadas en la ley para acceder a la pensión por vejez. Una vez reclamó a su empleador el pago o traslado del bono pensional al que manifestó tener derecho, éste le fue negado, pues el empleador se amparó en que tenía una legislación especial.

La Corte una vez precisó como problema jurídico el determinar si la entidad accionada estaba vulnerando el derecho a la seguridad social del actor al no realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del período comprendido entre el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992, determinó que:

“i. La ley 6ª de 1945 asigna a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

ii. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumirá esta obligación de forma progresiva en reemplazo de las empresas a ello obligadas.

iii. Cuando el Instituto asumía el pago de dichas prestaciones, el empleador debía realizar un aporte proporcional al tiempo que el trabajador había laborado en la empresa -artículo 72 de la ley 90 de 1946.

(...)

Como puede observarse, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 adquirió carácter general la obligación por parte de los empleadores de afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, incluidos incluso aquellos patronos del sector privado que se dediquen a la industria del petróleo.

Sin embargo, resulta fundamental para la solución del caso en concreto resaltar que, si bien para las empresas de petróleos la obligación de afiliar sus empleados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales surgió con la expedición de la resolución 4250 de 1993, la

obligación de hacer los aportes de capital necesarios para hacer los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación surge con el artículo 72 de la ley 90 de 1946, plenamente aplicable a las empresas de petróleo.

En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aportes de capital necesarios para la realización de 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”.

Al abordar el caso concreto, la Corte expresó:

“La Sala advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor surge por la falta de la realización de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del período comprendido entre el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992. Sobre lo anterior surgen dos tipos de interpretaciones, la primera, esbozada por la empresa demandada, en la cual se señala que no existe obligación por parte de ésta de realizar los aportes para el Sistema de Seguridad en Pensiones de las personas que estaban vinculadas con anterioridad a la expedición de la Resolución 4250 de 1993, por parte del Instituto de Seguros Sociales.

Sustentan la anterior afirmación, en que la obligación de realizar la afiliación de los trabajadores que se encontraban vinculadas con las empresas que se dedicaban a la industria del petróleo y en consecuencia efectuar los respectivos aportes sólo surge con la expedición de la Resolución 4250 de 1993, por cuanto ésta es la que fija como fecha de iniciación de la inscripción en el régimen de Seguros Sociales de los trabajadores que se dedican a esta actividad económica. Aunque, con anterioridad se estableció que este tipo de empresas debían inscribir a trabajadores, dicha obligación estaba condicionada a que se hiciera la convocatoria de inscripción.

No obstante, de esta interpretación surge un problema y es que todos aquellos trabajadores que laboraron antes de la expedición de la Resolución 4250 de 1993 que no alcanzaron a

cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y fueron desvinculados por algún motivo de esta clase de empresas, no podrían acumular el tiempo laborado al subsistema de pensiones y por tanto verían frustrada su pensión de vejez, prestación que es concreción del derecho fundamental a la seguridad social”.

Dada la anterior interpretación, consideró la Sala que el actor tenía el derecho a acceder a la pensión, pues de lo contrario estaría obligado a tener que cotizar nuevamente los 7 años y 11 meses no reconocidos por la empresa empleadora, lo cual constituye una clara vulneración del artículo 13 de la Constitución.

En el mismo sentido se encuentra la Sentencia T-125 de 2012[51], en la que esta Corporación estudió el caso de una persona que laboró en el Banco de Bogotá del 16 de enero de 1975 al 30 de agosto de 1994, pero éste no cumplió con su obligación legal de efectuar los aportes a la Seguridad Social en Pensiones de los períodos comprendidos entre el 16 de enero de 1975 y el 30 de junio de 1979 y del 1° de agosto de 1981 al 30 de noviembre de 1990. Por lo anterior, el trabajador instauró demanda ordinaria laboral en contra del Banco de Bogotá con el fin de que fuera condenado a pagar los aportes pensionales adeudados al Instituto del Seguro Social, pero los jueces ordinarios no acogieron sus pretensiones, ya que “si bien el actor prestó sus servicios al banco en esos periodos, durante esa época fue trasladado a las sucursales del Banco en los municipios de Tocaima y la Mesa, en donde el ISS no estaba en condiciones de asumir los riesgos por IVM por la paulatina y lenta expansión geográfica del Instituto, y conforme al Decreto 1824 del 12 de julio de 1965, el patrono no estaba en la obligación de afiliar a los trabajadores”.

En esta providencia esta Corporación sostuvo que:

“la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha amparado el derecho fundamental a la seguridad social de quienes se encontraban vinculados laboralmente con anterioridad a la Ley 100 y requerían de aquellas cotizaciones para acceder a la prestación pensional. En este sentido, la Sentencia T-784 de 2011[52] reiterando lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[53] en relación con el reconocimiento del derecho pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993, resaltó que “el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las

cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho a se le habilite en el Sistema General de Pensiones mediante la contribución a pensiones correspondiente.

(...)

Así, independientemente de que el Seguro Social hubiera asumido el riesgo en pensiones en los municipios a los cuales fue trasladado el señor Fernando Muñoz Sierra, ya se había iniciado la afiliación del accionante al sistema de seguridad social en pensiones, razón por la cual, el mencionado movimiento de personal, no puede generar, en desmedro de las condiciones laborales, la desafiliación a pensiones del accionante”(negrilla fuera del texto).

Ese mismo año, en la Sentencia T-549 de 2012[54], esta Corporación estudió el caso de un señor que trabajó (i) para el Banco Popular desde el 25 de noviembre de 1959 hasta el 30 de enero de 1971, es decir, once años, dos meses y cinco días; (ii) para el Banco BBVA -antiguo Banco Ganadero- desde el 1 de febrero de 1971 hasta el 15 de febrero de 1976, es decir, un total de cinco años y quince días; (iii) para el Banco del Estado desde el 19 de noviembre de 1979 hasta el 1 de noviembre de 1982; (iv) para la empresa privada Agrícola La Palmera Ltda. desde el 25 de mayo de 1990 hasta el 28 de abril de 1991; y (v) para la empresa privada Disragos Ltda. desde el 6 de enero de 1993 hasta el 31 de marzo de 1995. Dado que cumplía con el requisito de edad, solicitó al ISS pensión de vejez, pero éste se la negó aduciendo que no se reportó la totalidad de los empleadores.

En virtud de lo anterior, el accionante solicitó al Banco Popular y al BBVA que transfiriera al ISS el valor actualizado de los aportes para su pensión realizando el correspondiente cálculo actuarial, pero éstos se negaron aduciendo que “no es procedente la solicitud del señor Villamizar al no existir para la época de su relación laboral una sucursal del ISS en la ciudad donde trabajó; además, el Banco BBVA es una entidad de derecho privado cuya competencia no es expedir bonos pensionales”.

La Corte entonces manifestó lo siguiente:

“Ahora bien, como se indicó en la jurisprudencia referida en la primera parte de este fallo, la Ley 90 de 1946 creó el ISS y estatuyó una obligación importante para la relación de las

empresas con sus trabajadores consistente en la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación.

En consecuencia, debe aplicar la Corte para este caso un precedente análogo, la sentencia T-784 de 2010, donde se sostuvo que si bien durante el tiempo en que un accionante laboró para una empresa privada entre los años 1984 a 1992 no existía norma jurídica que le impusiera la obligación de realizar aportes al ISS por el riesgo de pensiones, sí recaía sobre la empresa desde el año 1946 la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras éste entraba en vigencia”(negrilla fuera del texto).

En virtud de lo anterior, este Tribunal estableció que los bancos BBVA y Popular habían vulnerado los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, al mantener el argumento de que para la época de las relaciones laborales no existía obligación de hacer los aportes a pensiones y por ende no hacer la provisión de capital, ignorando lo prescrito por la Ley 90 de 1946 y soslayando una interpretación favorable que claramente para el caso concreto beneficiaba la situación del petente, por lo que procedió conceder el amparo deprecado.

En conclusión, las sentencias T-784 de 2010, T-125 de 2012 y T-549 de 2012 señalan claramente que desde la Ley 6 de 1945, para los empleadores privados que tuviesen empresas cuyo capital excediera de un millón de pesos y para las entidades públicas del orden nacional, y desde la Ley 90 de 1946 y el Código Sustantivo del Trabajo para los demás empleadores públicos y privados, se impuso la obligación de hacer los provisionamientos de capital necesarios para trasladar las respectivas cotizaciones al sistema de seguro social obligatorio una vez este fuera organizado y sus entidades asumieran la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por lo que, llegado dicho momento, el empleador debía expedir el correspondiente bono pensional y trasladarlo al ISS o a la caja de previsión respectiva, con el fin de que dichas cotizaciones pasaran a formar parte del gran ahorro necesario para la formación del capital requerido para financiar la pensión del ex trabajador.

La Sala observa que existen otras sentencias de la Corporación en las que se sugiere una

conclusión diferente, estas son la T-205 de 2012 y la T-719 de 2011. Sin embargo, como se explicará más adelante, en virtud del principio de favorabilidad, esta Sala considera que para resolver este caso es necesario seguir el precedente de las sentencias T-784 de 2010, T-125 de 2012 y T-549 de 2012.

En efecto, en la Sentencia T-205 de 2012[55], esta Corporación conoció del caso de una persona que estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Chevron Petroleum Company desde el 13 de noviembre de 1984 hasta el 10 de noviembre de 1993, y con la Flota Fluvial Carbonera desde el 22 de noviembre de 1997 hasta el 15 de julio de 2010 (21 años en total). El interesado consideraba que la empresa Chevron Petroleum Compañ y había vulnerado sus derechos fundamentales a la vida digna, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la especial protección a la persona de la tercera edad, por negarse a trasladar al ISS el bono pensional al cual manifestó tener derecho, con el principal objetivo de pedir a dicha entidad el reconocimiento de su pensión de vejez.

Para negar el traslado al ISS del bono pensional reclamado por el accionante, la empresa accionada argumentaba que es una entidad de carácter privado que no presta servicio público o actividad similar. Dada la negativa, el interesado instauró demanda ordinaria laboral en contra de la empresa, la cual fue decidida en su contra en las dos instancias, bajo el argumento de que “el accionante no tiene derecho a la pensión sanción, porque solamente trabajó 9 años”; entonces, habiendo agotado la vía ordinaria, el demandante acudió a la acción de tutela para que se le ordenara a la empresa pagar los valores que corresponderían al bono pensional, de conformidad con lo devengado en el periodo comprendido entre noviembre de 1984 y noviembre de 1993, periodo que no fue reconocido por el ISS como efectivamente cotizado, y por lo cual negó su pensión.

En este caso, la Sala Quinta de Revisión para fallar tuvo en cuenta los siguientes argumentos, los cuales fueron esgrimidos por el accionante: “i) la empresa no ha omitido la expedición del bono pensional, porque el actor no tiene derecho a él, debido a que no se cumple lo dispuesto en los artículos 3 del Decreto 1299 de 1994 y 9, literal c) de la Ley 797 de 2003, esto es, que la relación laboral no estaba vigente cuando entró a regir la Ley 100

de 1993, ni se inició después de esa fecha; ii) la acción carece también de inmediatez, en razón de que los hechos ocurrieron 18 años antes de su presentación, y iii) no reunir el requisito de subsidiariedad, en virtud de que el actor no solo dispone de la vía laboral ordinaria para reclamar sus derechos, sino que ya hizo uso de ella, habiendo obtenido sentencia desfavorable”(negrilla fuera del texto).

En este sentido, la Sala sostuvo:

“ (...) (i) en este momento no hay elementos de juicio que brinden seguridad acerca de si la empresa accionada está o no obligada a expedir el título o bono pensional a favor del señor Roberto Antonio Better Flórez por el tiempo que trabajó, teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal c), parágrafo primero, del artículo 33, de la Ley 100 de 1993, la cual empezó a regir el 23 de diciembre de ese año; (ii) la relación laboral finalizó antes de esa fecha, el 23 de noviembre de 1993; (iii) no existe claridad sobre el lugar o lugares donde se desarrolló el contrato de trabajo, ya que a pesar de que la copia del registro de ingreso laboral del actor a la empresa demandada se refiere a Cocorná como el lugar de trabajo y que el oficio del 10 de noviembre de 1993, por el cual la sociedad comunicó al señor Roberto Antonio Better Flórez la terminación unilateral del contrato, fue enviado al Campamento Velásquez, no se sabe si realmente el trabajador desempeñó sus funciones en esos sitios y, de ser así, por cuánto tiempo; (iv) no está demostrado si el Instituto de Seguros Sociales -ISS- tenía cobertura en esos lugares antes de terminarse la relación laboral para poder establecer si el empleador estuvo obligado a afiliarse al trabajador a dicho instituto; y (v) las pruebas pertinentes que reposan en la actuación indican que el accionante trabajó en la empresa demandada por el término de 9 años, lo cual indica que no sería titular de los derechos a que se refieren los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966.

En este orden de ideas, el derecho que se pretende garantizar no es cierto, sino discutible y litigioso, razón por la cual la acción judicial más idónea y eficaz para su protección no es la tutela, sino la ordinaria laboral, en desarrollo de la cual las partes pueden solicitar la práctica de las pruebas que se echan de menos y las demás que juzguen necesarias para la plena demostración de sus pretensiones”.

Nótese que aunque la Sala Quinta de Revisión sugirió que la empresa no tenía la obligación de emitir el bono porque al 1° de abril de 1994 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 100-

no estaba vigente el contrato, en realidad la razón de la decisión es que no estaba demostrado si el ISS tenía cobertura en los lugares donde el demandante prestó sus servicios, por lo que, al no tener certeza del derecho, la Sala manifestó que la jurisdicción ordinaria laboral debía resolver la controversia.

De otro lado, en la Sentencia T-719 de 2011[56], se revisó el caso de un señor de 86 años de edad que trabajó con Bavaria S. A. durante 10 años, 4 meses y 27 días y, con Cervecería Andina S. A., 6 años, 3 meses y 3 días, para un total trabajado de 16 años y 8 meses. El accionante aseveró que efectuó cotizaciones al ISS a partir del 1 de febrero de 1967 y hasta el 25 de octubre de 1968, a cargo de la sociedad demandada, entidad que absorbió a Cervecería Andina, acumulando un tiempo sin cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de 14 años, 8 meses y 7 días.

Al solicitar a Bavaria S.A. y al ISS el pago de su pensión de vejez, ésta le fue negada, bajo el argumento de que no cumplía con el número de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990.

El problema jurídico que se resolvió en esa oportunidad fue si Bavaria S. A. y/o el ISS, habían conculcado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y de petición del accionante, al negarle el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez, a pesar de (i) haber laborado para Bavaria S. A. desde abril 27 de 1945 hasta abril 24 de 1951 y desde noviembre 1° de 1953 hasta marzo 31 de 1958, y para Cervecería Andina S. A. desde julio 23 de 1962 hasta octubre 25 de 1968,; y (ii) registrar ante el ISS 1.165,422 semanas, entre febrero 1° de 1967 y junio 30 de 2000.

Como consideraciones del caso, la Sala sostuvo:

“En sus inicios, la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió en Colombia la Ley 6ª de 1945 catalogada como el primer estatuto orgánico laboral, que previó asuntos sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y estatuyó una jurisdicción especial laboral.

En ese sentido, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, entidad que subrogaría al empleador en la cobertura de las contingencias de invalidez, vejez, muerte,

enfermedades generales, maternidad y riesgos profesionales, se estableció de manera temporal el pago de dichas prestaciones sociales en cabeza del empleador, y a las empresas con capital superior a \$1.000.000 les fijó la obligación de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o discontinuos.

Posteriormente, tomando como referencia al seguro social alemán, instituido en 1883, la Ley 90 de 1946 lo ubicó en Colombia a cargo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, que como se indicó, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, “en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico”

Antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993, no había un Sistema Integrado de Seguridad Social sino, por el contrario, coexistían diferentes regímenes administrados por diversas entidades. Así, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos le correspondía, en general a la Caja Nacional de Previsión, Cajanal, y a las Cajas de los entes territoriales, existiendo a la vez instituciones oficiales a cargo del manejo específico de otros sectores, como el caso de los miembros de la Fuerza Pública. Por otra parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación para trabajadores del sector privado, giraba sobre empleadores cuyo capital fuera mayor a \$800.000.

(...)

De lo expuesto, puede concluirse que uno de los objetivos fundamentales de la Ley 100 de 1993, en virtud de los principios de universalidad, eficiencia, solidaridad, integralidad y unidad, fue superar la desarticulación entre los distintos regímenes que coexistían, lo que no solo generó dificultades en el manejo de las referidas prestaciones, sino que se traducía en inequidades y desventajas para los trabajadores, que les impedía la acumulación de tiempo, por semanas laboradas para distintos empleadores”.

En la parte resolutive de esta providencia, la Sala hizo alusión a la ya citada sentencia T-784 de 2010, y precisó que debía apartarse de lo considerado en ella, pues de conformidad con la sentencia C-506 de 2001, el deber de aprovisionamiento hacia el futuro del valor de los cálculos actuariales, en la suma correspondiente al tiempo de servicio,

surgió a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y “no como se aseveró en esa ocasión en la sentencia T-784 de 2010 donde se realizó una errónea interpretación del artículo 72 de la Ley 90 de 1946”.

No obstante lo anterior, la sala decidió ampara los derechos fundamentales del accionante, tras considerar que éste era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener a abril 1° de 1994, 40 años de edad, por lo que cumplía con los requisitos contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En esta ocasión la Sala se aparta de las tesis de las sentencias T-205 de 2012 y la T-719 de 2011, y reitera que las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946 y el Código Sustantivo del Trabajo crearon una obligación en cabeza de los empleadores públicos para con sus trabajadores, consistente en hacer los provisionamientos de capital correspondientes en cada caso para que éstos fueran entregados a las cajas de previsión social o el ISS cuando éstas asumieran el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

La postura que hoy adopta la Sala se fundamenta en que la universalidad del reconocimiento y pago de la pensión de vejez se deduce no sólo de lo consagrado en la normativa descrita precedentemente, sino que se deriva también de relevantes principios y derechos fundamentales que orientan nuestro ordenamiento jurídico, como el principio in dubio pro operario (art. 48 de la C.P.), el principio de Estado social de derecho (Art. 1 constitucional), la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el derecho al mínimo vital.

Es por ello que al estudiar si resulta procedente o no la acumulación de tiempos laborados y no cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, es preciso dar aplicación al principio in dubio pro operario[57] que impone elegir, en caso de duda, la interpretación que más favorezca al trabajador[58].

En cuanto a la favorabilidad, la Corte ha sostenido que:

“Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad que la Constitución entiende como “... situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma - la duda -, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente. No vacila la Corte en afirmar que toda trasgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso.”(Subrayas fuera del texto)[59].

De otra parte, esta interpretación permite: (i) proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad, (ii) garantizar que las personas que, en razón de su edad, no cuentan con la capacidad laboral necesaria para obtener los recursos económicos para disfrutar de una vida digna, reciban una pensión acorde con el esfuerzo realizado en su etapa productiva, y (iii) otorgar un tratamiento igual, por cuanto todas las personas a quienes les fueron descontados aportes pensionales y a quienes no se les reconocen sus derechos bajo el argumento de que para la época no existía caja de previsión legalmente constituida para realizar dichos aportes, merecen la misma protección que aquellos a quienes se les descontaron sus aportes para ser depositados en los distintos fondos de pensiones creados a partir de la Ley 100 de 1993.

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

La señora Diva Elvira Sandoval Potes, de 61 años de edad y quien en la actualidad padece discapacidad visual del 95%[60], solicitó al ISS su pensión de vejez, pero éste, a través de la Resolución N° 08876 del 12 de abril de 2010, le negó el reconocimiento y pago de la

prestación por considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pese a que estableció en ese mismo acto administrativo, que el tiempo cotizado junto con el laborado en el sector público, arrojaba un total de 1.033 semanas, lo cual equivale a más de 20 años.

En vista de la negación del ISS, la accionante inició proceso ordinario laboral contra dicha entidad, el cual fue fallado a su favor en primera instancia. Posteriormente, el fallo de primera instancia fue revocado mediante sentencia dictada en grado de consulta, bajo el argumento de que “se logró acreditar que la demandante laboró al servicio de la Universidad de Caldas entre el periodo comprendido entre el primero de junio de 1976 y el 31 de marzo de 1979, por esta se logró demostrar que a primero de febrero de 1977 se creó la Caja de Previsión de dicha institución y por consiguiente sólo con posterioridad a esa fecha se pudieron efectuar aportes efectivos para lo cual sólo se puede validar los aportes efectuados por la demandante en el periodo comprendido del primero de febrero de 1977 a 31 de marzo de 1979 equivalentes a 780 días de cotizaciones efectivas con destino a la caja de previsión social de dicha entidad. La Sala acepta que la demandante cotizó válidamente un total de 7002 días equivalentes a 19.45 años los que son suficientes para adquirir la pensión de vejez como lo establece la norma específica” (SIC) (Negrillas en el texto).

Contra esta última decisión interpone acción de tutela, bajo el argumento de que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en una vía de hecho por: i) “afirmar que en la documentación aportada aparece que se les descontaron los aportes pensionales durante el tiempo que laboró para la Universidad de Caldas, debiendo responder dicha entidad por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1976 al 31 de enero de 1977 y la Caja de la Universidad de Caldas por el que corresponde del 1° de febrero de 1977 al 31 de marzo de 1979”; y ii) estimar que ella no había cumplido con los requisitos exigidos, “desconociendo con ello el tiempo laborado y acreditado en documentos públicos”.

3.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

3.2.1. El asunto debatido reviste relevancia constitucional

3.2.2. La tutelante agotó todos los medios de defensa judicial a su alcance

Con respecto al requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha restringido la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a la ocurrencia de una de las hipótesis que a continuación se nombran:

“a) Es necesario que la persona haya agotado todos los mecanismos de defensa previstos en el proceso dentro del cual fue proferida la decisión que se pretende controvertir mediante tutela. Con ello se busca prevenir la intromisión indebida de una autoridad distinta de la que adelanta el proceso ordinario, que no se alteren o sustituyan de manera fraudulenta los mecanismos de defensa diseñados por el Legislador, y que los ciudadanos observen un mínimo de diligencia en la gestión de sus asuntos, pues no es ésta la forma de enmendar deficiencias, errores o descuidos, ni de recuperar oportunidades vencidas al interior de un proceso judicial.

b) Sin embargo, puede ocurrir que bajo circunstancias especialísimas, por causas extrañas y no imputables a la persona, ésta se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial, en cuyo caso la rigidez descrita se atempera para permitir la procedencia de la acción.

c) Finalmente, existe la opción de acudir a la tutela contra providencias judiciales como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable. Dicha eventualidad se configura cuando para la época de presentación del amparo aún está pendiente alguna diligencia o no han sido surtidas las correspondientes instancias, pero donde es urgente la adopción de alguna medida de protección, en cuyo caso el juez constitucional solamente podrá intervenir de manera provisional”[61].

Por todo lo anterior, se tiene que la acción de tutela contra providencias judiciales comparte los requerimientos de procedencia que tiene la acción de tutela en general, pero adicionalmente, en relación con el requisito de la subsidiariedad, somete su examen a un régimen de mayor rigurosidad.

Por este motivo, resulta importante examinar en detalle los criterios adoptados por la Corte para realizar el estudio de la subsidiariedad.

A partir de los argumentos enunciados en el apartado anterior, la Corte ha determinado, como regla general, que el juez constitucional deberá declarar improcedente la tutela

cuando encuentre que existe otro medio o recurso judicial a través del cual el peticionario pueda obtener la protección de sus derechos.

No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha establecido dos situaciones excepcionales en las cuales es procedente la acción de tutela. Una de ellas consiste en que el medio o recurso existente no sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera hipótesis, la Corte ha sostenido que:

“la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

La determinación de la concurrencia de estos dos atributos, exige el examen de los presupuestos fácticos de cada caso concreto a fin de establecer:(i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; y (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración”[62].
(Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, se tiene que en el presente caso la accionante al interponer la demanda ordinaria laboral estimó la cuantía de su pretensión en \$90.000.000[63], y en virtud del artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, “(...) sólo serán susceptibles del recurso de casación los procesos cuya cuantía exceda de ciento veinte (120) veces el salario mínimo legal mensual vigente”; entonces, dado que en la fecha de la interposición de la demanda laboral (2011), el salario mínimo estaba en \$535.600[64], para que el proceso pudiera ser objeto de casación debía tener una cuantía de aproximadamente \$640.000.000, y no de \$90.000.000 como efectivamente sucedió en el caso sub examine.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el artículo 88 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece que: “En materia civil, penal y laboral el recurso de casación podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia” (subrayado fuera del texto). Entonces, como este proceso sólo tuvo primera instancia, pues no fue apelado por ninguna de las partes, y la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se profirió en grado de consulta, se puede concluir que esta es otra razón para alegar que en este caso no era procedente el recurso extraordinario de casación.

Entonces, en virtud de lo anterior, se tiene que en el presente caso no procedía el recurso extraordinario de casación, por lo que al ser agotada la primera instancia, la cual le resultó favorable a sus pretensiones, la accionante hizo uso de todos los mecanismos de defensa a su alcance.

De otro lado, dada las circunstancias particulares de la accionante, quien es un sujeto de especial protección constitucional, pues tiene 61 años de edad, padece una discapacidad visual del 95%, por tanto, carece de capacidad laboral para proveerse su subsistencia, y no cuenta con ninguno otro ingreso para ello, habría sido desproporcionado someterla al agotamiento de otro recurso y continuar dilatando la protección de sus derechos.

En resumen, la demandante no dispone de otros mecanismos judiciales de defensa de sus derechos fundamentales más idóneos y eficaces que la acción de tutela para controvertir la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Además, en vista de la particular y difícil situación económica y de salud que afronta la accionante, y de la ausencia de otros mecanismos judiciales a su disposición, negar la procedencia de la acción de tutela sería una decisión desproporcionada que podría a su vez cerrar definitivamente la posibilidad de que le sea reconocida la pensión de vejez.

3.2.3. Existió inmediatez entre los hechos y el ejercicio de la acción de tutela

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

Por ello, es indispensable estudiar en cada caso en concreto si la tutela es presentada cuando aún es vigente la vulneración, lo que se presume cuando la acción es promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran violatorios de derechos fundamentales. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario.

En el presente caso se tiene que el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos de la accionante, el cual es la sentencia de consulta proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, ocurrió el 19 de septiembre de 2012, y la acción de tutela se interpuso el 6 de noviembre de 2012, es decir, un mes y 18 días después.

3.2.4. La parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados

La accionante ha identificado razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos que considera lesionados.

3.2.5. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela

La presente acción de tutela se dirige contra la decisión judicial adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 19 de septiembre de 2012, y no contra un fallo de tutela.

En conclusión, encontramos que el caso que aquí se estudia, cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Pasará la Sala a revisar si sucede lo mismo con los requisitos especiales.

3.3. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

3.3.1. Existencia de un defecto sustantivo

Tal como se expuso precedentemente, el defecto sustantivo se configura cuando la autoridad judicial desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea porque: (i) aplica en el caso una disposición que perdió vigencia por

cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso.

En tal sentido, se encuentra que en el caso sub examine, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un defecto sustantivo, pues dejó de aplicar una norma de carácter legal aplicable al caso concreto, como lo es la Ley 6 de 1945.

Al respecto señaló la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá:

“Si bien en el debate probatorio se logró acreditar que la demandante laboró al servicio de la Universidad de Caldas entre el período comprendido entre el 1° de junio de 1976 y el 31 de marzo de 1979 (folio 61), lo cierto es que según prueba decretada oficiosamente por esta Sala (folio 147) se logró demostrar que sólo hasta el 1° de febrero de 1977 se creó la Caja de previsión Social de dicha institución y por consiguiente, solo con posterioridad a dicha data se pudieron efectuar aporte efectivos, por lo cual solo se puede validar los aportes efectuados por la demandante entre el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1977 a 31 de marzo de 1979 equivalentes a 780 días de cotizaciones efectivas con destino a la Caja de Previsión Social de dicha entidad, pues el tiempo laborado con anterioridad a dicho periodo en la Universidad de Caldas, no cumple con los presupuestos de la Ley 71 de 1988 cuya aplicación se busca, y por lo tanto no es posible de tenerse en cuenta dentro de la sumatoria del tiempo total de cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral. (...) Por lo cual, al contabilizarse los aportes efectivamente sufragados por la accionante en cualquier tiempo acumulados en una o varias entidades de previsión social u otras que hagan sus veces y al ISS la Sala observa que la demandante cotizó válidamente 7.002 días equivalentes a 19.45 años, los que son insuficientes para adquirir la pensión de

vejez conforme a la norma precitada, consideraciones que son suficientes para revocar en su totalidad el fallo consultado, en cuanto se accedió al reconocimiento pensional deprecado por la demandante. En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (...) resuelve: Primero: revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia dentro del proceso seguido por Diva Elvira Sandoval Potes contra el ISS en cuanto declaró que la demandante cumplía con los requisitos para ser pensionada conforme a la Ley 71 de 1988, para en su lugar absolver al ISS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de esta providencia (...)”[65].

Entonces, para la Sala es claro que en el presente asunto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá adoptó su decisión inaplicando una norma indiscutiblemente aplicable al caso, como lo es la Ley 6 de 1945, que estatuyó una obligación importante para la relación de la entidad empleadora con sus trabajadores, consistente en la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada a la caja de previsión respectiva, cuando se asumiera por parte de ésta el pago de la pensión de jubilación.

Así las cosas, si la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá hubiese tenido en cuenta dicha disposición legal, el sentido de su fallo hubiese sido distinto, pues habría reconocido que desde 1946, para los empleadores públicos, como es el caso de la Universidad de Caldas, surgió la obligación de hacer los aprovisionamientos correspondientes de las cotizaciones de pensiones de sus trabajadores, mientras las instituciones del seguro obligatorio -las cajas de previsión social para este caso-, asumían el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entonces, al ser tenida en cuenta la Ley 6 de 1945, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá habría llegado a la conclusión de que:

i) Como en un primer momento las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación era asunto de los empleadores, al crearse las cajas de previsión social, éstos debieron hacer los aprovisionamientos y traslados de capital correspondientes a las semanas cotizadas por sus trabajadores a dichas cajas, con el fin de que esas entidades de seguro social tuviesen en cuenta los aportes realizados por el empleado para

reconocerle su derecho pensional.

ii) Una vez la señora Diva Elvira Sandoval Potes se trasladó al ISS, la Caja de Previsión Social de la Universidad de Caldas debió expedir un bono pensional sobre los aportes correspondientes a las semanas cotizadas por la accionante, para que el ISS los tuviera en cuenta a efectos de reconocer la pensión de la interesada.

En este sentido, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá al desconocer el mandato contenido en la Ley 6 de 1945, desconoció con ello la obligación que tiene la Universidad de Caldas, como empleador de la señora Diva Elvira Sandoval Potes, de trasladar a la Caja de Previsión Social de la Universidad las cotizaciones por ella realizadas por el periodo laborado antes de que la caja fuera creada.

Así mismo, dejó de lado que la Caja de Previsión Social de la Universidad de Caldas debía, una vez la accionante se trasladó al ISS, expedir un bono pensional con los aportes realizados por la accionante, los cuales, de ser tenidos en cuenta, hubiesen configurado el derecho pensional a su favor.

En este contexto, se tiene que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneró los derechos al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la peticionaria al negarle su pensión de vejez bajo el argumento de que para la época de sus aportes a pensión no existía caja de previsión a quien hacer dichas contribuciones, y que por ende, no se hizo la provisión de capital, pese a que la Ley 6 de 1945 establece que es obligación de la entidad empleadora realizar la provisión correspondiente para posteriormente entregarla a la entidad de seguro social cuando ésta asumiera el pago de la pensión de jubilación.

3.3.2. Existencia de un defecto fáctico

Por otra parte, según lo establecido en precedencia, el defecto fáctico se configura cuando la valoración probatoria realizada por el juez es arbitraria y abusiva, o constituye un desconocimiento del debido proceso, esto es, cuando el funcionario judicial: (i) deja de valorar una prueba aportada o practicada en debida forma y que era determinante para la resolución del caso; (ii) cuando sin razones justificadas excluye una prueba; o (iii) valora un elemento probatorio al margen de los cauces racionales. Entonces, corresponde al juez constitucional evaluar si en el marco de la sana crítica, la autoridad judicial desconoció la

realidad probatoria del proceso; sin embargo, en esta misión el administrador de justicia no puede convertirse en una instancia que revise el análisis probatorio que realiza el juez ordinario, pues ello sería contrario al carácter subsidiario de la acción de tutela e implicaría invadir la competencia y la autonomía de las otras jurisdicciones.

En este sentido, la Sala considera que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un defecto fáctico, por cuanto el periodo no reconocido por ella como efectivamente cotizado (periodo comprendido entre el primero de junio de 1976 y el primero de febrero de 1977), y por el cual niega la pensión de vejez de la accionante, es acreditado como descontado a la accionante por el certificado de informe laboral contenido en el expediente, en el cual consta que sí se le descontaron los periodos: "1/6/1976-31/1/1977: Universidad de Caldas; 1/2/1977-31/3/1979: Caja Universidad de Caldas"[66].

Entonces, no es de recibo que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá asuma que la accionante no cumple con el tiempo de cotización exigido por la Ley 71 de 1988 para acceder a su pensión, pues en la prueba referenciada anteriormente se establece claramente que a la accionante sí se le hicieron los descuentos respectivos en dicho periodo..

Tan es cierto que la accionante sí tiene derecho al reconocimiento del tiempo cotizado ante la Universidad de Caldas y ante la Caja de Previsión de la Universidad de Caldas, que en sede de tutela su representante legal allegó documento en el que dichas entidades manifiestan que van a expedir un bono pensional por los aportes a pensión hechos por la señora Diva Elvira Sandoval Potes en el periodo no reconocido por la Sala Laboral del Tribunal Laboral de Bogotá.

De lo anterior se deriva que la Universidad de Caldas reconoció la obligación que tiene de expedir el bono pensional a favor de la accionante por el periodo cotizado entre el 3 de junio de 1976 y el 3 de enero de 1977, y la Caja de Previsión de la Universidad de Caldas por el periodo cotizado entre el 1° de febrero de 1977 al 31 de marzo de 1979, por lo que dichos periodos deben ser tenidos en cuenta para contabilizar las semanas cotizadas por la accionante para que pueda acceder al reconocimiento y pago de su pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.

3.3.3. Existencia de una violación directa de la Constitución

Por otra lado, la Sala encuentra que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá también incurrió en el defecto de violación directa de la Constitución, el cual, como ya se dijo, se configura cuando: (i) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (ii) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y/o (iii) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.

Esta Sala de Revisión encuentra que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en una violación directa de la Constitución, al no aplicar el principio de favorabilidad y no ordenar al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante, aduciendo equivocadamente que no cumplía los requisitos para que su pretensión le fuera despachada favorablemente, por cuanto los periodos cotizados antes de la creación de la Caja de Previsión de la Universidad de Caldas, es decir, antes del primero de febrero de 1977, si bien se pueden tomar como periodos trabajados, no pueden ser tenidos en cuenta como periodos cotizados efectivamente, ya que no existía una caja de previsión ante quien pudieran ser aportados.

Observa la Sala que con su proceder, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá rechazó una interpretación favorable que claramente para el caso concreto beneficia a la accionante, concreta la garantía de la igualdad y realiza los postulados de solidaridad y justicia material; tal interpretación consiste en que para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el trabajador tiene derecho a que se tome en cuenta tiempo trabajado en una entidad de derecho público antes de la expedición de la ley 100, aunque dicha entidad no haya trasladado el aporte respectivo a la caja de previsión correspondiente, tal como se lo ordenaba la Ley 6 de 1945.

A este respecto se recuerda que la Carta Política indica en el artículo 53 que uno de los principios constitucionales es que se aplique una “situación más favorable para el trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”. Dicho principio fue recogido por el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dice que “en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de

trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad". Por lo tanto, dentro del ordenamiento se encuentra una orden precisa dirigida a los operadores jurídicos según la cual éstos tienen la obligación de aplicar las normas jurídicas y adoptar las interpretaciones que sean más benéficas para los trabajadores cuando no es clara la norma que deba ser empleada en el caso o existen varias interpretaciones posibles.[68] La Sentencia C-168 de 1995 se ocupó de explicar el significado de la favorabilidad en los siguientes términos: "se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. En consecuencia, era obligación del Tribunal adoptar la interpretación más favorable desde el punto de vista de la protección de los derechos de la peticionaria.

3.3.4. Conclusiones y decisión a adoptar

Como recapitulación de lo esgrimido en precedencia se tiene que:

i) La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un defecto sustantivo al adoptar su decisión inaplicando una norma indiscutiblemente aplicable al caso, como lo es la Ley 6 de 1945, que estatuyó para los empleadores públicos, como es el caso de la Universidad de Caldas, la obligación de hacer los provisionamientos correspondientes de las cotizaciones de pensiones de sus trabajadores, mientras las instituciones del seguro obligatorio -las cajas de previsión social para este caso-, asumían el aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

ii) La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un defecto fáctico, pues dejó de valorar una prueba aportada en debida forma al proceso, como lo es el certificado de informe laboral de la accionante, el cual está contenido en el expediente y en el que consta qué se le descontaron las cotizaciones de pensiones de los periodos: "1/6/1976-31/1/1977: Universidad de Caldas; 1/2/1977-31/3/1979: Caja Universidad de Caldas".

iv) Como la Universidad de Caldas reconoció la obligación que tiene de expedir el bono pensional a favor de la accionante por el periodo cotizado entre el 3 de junio de 1976 y el 3 de enero de 1977, y la Caja de Previsión de la Universidad de Caldas por el periodo

cotizado entre el 1° de febrero de 1977 al 31 de marzo de 1979, dichos periodos deben ser tenidos en cuenta para contabilizar las semanas cotizadas por la accionante para que pueda acceder al reconocimiento y pago de su pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 33 de la Ley 100.

La Sala recuerda que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá reconoció que la accionante tiene derecho a los beneficios del régimen de transición[69], por lo que se le deben aplicar los preceptos de la Ley 71 de 1988 respecto al tiempo de cotización, a la tasa de reemplazo y al requisito de la edad para obtener su pensión de vejez.

En virtud de lo antes dicho, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida el 30 de enero de 2013 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, la cual confirmó la decisión del 19 de noviembre de 2012, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, concederá el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Diva Elvira Sandoval Potes.

Ahora bien, dada la especial condición de vulnerabilidad de la accionante, pues tiene 66 años de edad, afronta una difícil situación económica y padece una discapacidad visual que le generó una pérdida de capacidad laboral del 95%, lo que le dificulta conseguir trabajo para proveerse su sustento, la Sala considera que la fórmula que dará eficacia directa a los mandatos constitucionales es la de revocar la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y, confirmar el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que le concedió el derecho a la pensión de vejez[70], pues con ello se logrará una pronta y efectiva protección de los derechos fundamentales de la accionante[71].

En consecuencia, la Sala dejará sin efectos la Sentencia del 19 de septiembre de 2012, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar, dejará en firme el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de mayo de 2012

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución Nacional.

RESUELVE

Primero.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de tutela proferida el 30 de enero de 2013 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, la cual confirmó la decisión del 19 de noviembre de 2012, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, y al mínimo vital de la señora Diva Elvira Sandoval Potes.

Segundo.- En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS, con base en las consideraciones esgrimidas en esta providencia, la Sentencia del 19 de septiembre de 2012, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y, en su lugar, DEJAR EN FIRME el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de mayo de 2012.

Tercero.- LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

[1] Folio 3 del cuaderno 1

[2] En la Resolución N° 008876 del 12 de abril de 2010, el ISS se contradujo en cuanto al tiempo cotizado por la accionante, pues por un lado manifestó que había cotizado un total de 888 semanas, y por el otro expresó que habían sido 1.033.

[3] Folio 2 del cuaderno 1.

[4] Ver al respecto la sentencia T-489 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[5] Ver al respecto la sentencia T-310 del 30 de abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[6] "Sentencia 173/93."

[7] "Sentencia T-504/00."

[8] "Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05"

[9] "Sentencias T-008/98 y SU-159/2000"

[10] "Sentencia T-658-98"

[11] "Sentencias T-088-99 y SU-1219-01"

[12] Cfr. Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[14] «Sentencia T-522/01 »

[15] "Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01."

[16] Cfr. Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[17] Ver Sentencia T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P.

Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

[18] Sentencia T-773 A de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[19] Ver entre otras las sentencias C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-066 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[20] Ver entre otras las sentencias C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-583 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

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

[22] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[23] Los artículos 180 del Código de Procedimiento Civil, 54 del Código Procesal del Trabajo y 169 del Código Contencioso Administrativo autorizan la práctica de pruebas de oficio. Obviamente esta facultad dependerá de la autorización legal para el efecto, pues en el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, según el cual el juez penal de conocimiento no puede decretar pruebas de oficio en la etapa de juzgamiento, no es posible exigirle al juez algo distinto a lo expresamente permitido. En este aspecto, puede verse la sentencia C-396 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[24] Sentencia T-239 de 1996. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

[25] Sentencia T-576 de 1993. M. P. Jorge Arango Mejía.

[26] Sentencia T-442 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[27] Sentencia T-071 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[28] Ver la Sentencia T-462 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.

[29] Sentencia T-809 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Esta causal de procedibilidad también ha sido aplicada en la Sentencia T-747 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza

Martelo; T-555 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-071 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub, entre otras.

[30]M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

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

[32] M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

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

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

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

[36] Ver el Decreto 2196 de 2009.

[37]Los artículos 21 y siguientes regularon además el funcionamiento de las instituciones de previsión que ya existían. En este sentido, el artículo 21 señaló: “Las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente Ley se crea, o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados u obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones.”. De otro lado, el artículo 23 indicó: “Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella “.

[39]“Artículo 29º.- Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación,

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

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

[40]Artículo 2, Ley 90 de 1946: “Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

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

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

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

- 1o. El cónyuge, los padres y los hijos menores de catorce (14) años del patrono, aunque figuren como asalariados de éste;
- 2o. Los demás miembros de la familia del patrono, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que presten sus servicios exclusivamente por cuenta del patrono y vivan bajo su mismo techo;
- 3o. Las personas que ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa del patrono;
- 4o. Los trabajadores cuyo número de jornadas anuales sea inferior a noventa (90) días, y los que se ocupen en labores agrícolas temporales, como las de siembra, cosecha y demás

similares, siempre que por otro concepto distinto no estén sujetos al seguro obligatorio.

5o. Los empleados y obreros que, por estar afiliados a otra institución de previsión social, gocen de mayores beneficios que los reconocidos por esta ley, de conformidad con el artículo 78.

6o. Los trabajadores que sean excluidos expresamente de este régimen por los reglamentos generales de la institución:

a. Por su carácter de representantes del patrono; y

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

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

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

Significa lo anterior que, por voluntad expresa e inequívoca del propio legislador ordinario

se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a) de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio, y

b) Por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes.

-No se trata por lo tanto a juicio de la Corte, como lo pretende la demanda de que, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, o más exactamente los decretos aprobatorios de los mismos, expedidos por el Gobierno, modifiquen o deroguen las normas legales en materia prestacional, sino que éstas por voluntad del propio Congreso, autor de las mismas, dejan de regular los efectos de los contratos de trabajo en la materia correspondiente, desde el momento en que se haga la subrogación del riesgo respectivo.

-Por otra parte, no puede dejar de observarse que, la vigencia transitoria de la norma legal se conserva, con la posibilidad natural de su aplicación en todos aquellos casos en que no se haya realizado la sustitución de la misma por el régimen del Seguro Social. No se trata por lo tanto, como ya se indicó, de modificación de normas legales, sino de una subrogación de riesgos, en virtud de la regulación integral de la respectiva materia, progresivamente asumida por el régimen de la Seguridad Social.”

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

[45]Sentencia T- 549 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

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

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

[48] El literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el transcrito, retomaron lo contemplado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, que otorgaba la posibilidad de acumulación de aportes para los trabajadores del sector público y del sector privado que a

partir de su vigencia, diciembre 19 de 1988, acreditaran 20 años de aportes cotizados “en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

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

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

[51] M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[52] Sentencia T-784 del 30 de septiembre de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[53] Esta posición fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en las Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp 32922 y Sentencia del 3 de marzo de 2010, Exp 36268 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

[54] M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

[55] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[56] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[57] Previsto no sólo en el artículo 53 constitucional sino también en el artículo 21 del C. S. T.

[58] La Corte ha definido que “aquella providencia que, de manera flagrante, vulnera el principio de favorabilidad queda de inmediato revestida de un defecto sustantivo de tal magnitud que origina una vía de hecho” -T- 567 de 1998.

[59] Sentencia T-01 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[60] Ver historia clínica en el folio 3 del cuaderno 1.

[61] Sentencia T- 598 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[62] Sentencia T-578 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver entre otras las sentencias T-656 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-435 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-768 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-651 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; y T-1012 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[63] Folio 7 del expediente que contiene el proceso ordinario laboral.

[64] http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&id=351&Itemid=101

[65] Ver CD #2. Radicado 07-2011-733. Audiencia de fallo del proceso ordinario laboral instaurado por la señora Diva Elvira Sandoval Potes contra el ISS. Minuto 10:12 a 14:05.

[66] Folio 9 del cuaderno 1.

[67] Folio 2 del cuaderno 1.

[68] Sentencia T-468 de 07.

[69] Ver CD #2. Radicado 07-2011-733. Audiencia de fallo del proceso ordinario laboral instaurado por la señora Diva Elvira Sandoval Potes contra el ISS. Minuto 7:30-8:44.

[71] La fórmula establecida en esta decisión fue adoptada entre otras, en las sentencias T-352 de 2012 y T-125 de 2012.