

Sentencia T-676/13

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS TANTO EN EL SECTOR PRIVADO COMO EN EL SECTOR PUBLICO EN CONTRATO LABORAL VIGENTE-Precedente fijado en sentencias C-506-01 y C-1024-04

DEBER LEGAL DE APROVISIONAMIENTO-Inexistencia de precedente constitucional consolidado

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de defecto por desconocimiento del precedente constitucional, por cuanto existen diversos criterios respecto al deber de aprovisionamiento de los empleadores que tenían a su cargo reconocimiento de la pensión de jubilación al ISS

La Sala Cuarta de Revisión considera que no es posible concluir que una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de independencia y de autonomía propios de la actividad jurisdiccional, hubiere vulnerado los derechos fundamentales de una persona, al tomar una decisión debidamente sustentada en una hermenéutica posible del derecho positivo, pero contraria a una interpretación de algunas Salas de esta Corporación, la cual no ha sido unánime, más aún cuando la providencia cuestionada siguió un precedente elaborado por el pleno de la Corte Constitucional, que posee fuerza erga omnes, al estar contemplado en dos fallos de control abstracto de constitucionalidad y que, asimismo, tuvo en cuenta la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, si dentro de esta Corporación existen diversos criterios sobre la obligación de los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación de hacer los aportes al ISS por el tiempo laborado por sus trabajadores antes de que se hiciera exigible la obligación de afiliarlos a seguridad social, no puede concluirse que una autoridad judicial

que actuó en desarrollo de los principios de autonomía e independencia que rigen la actividad judicial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Facultad de fallar extra y ultra petita

SEGURIDAD SOCIAL-Evolución fáctica y normativa

SEGURIDAD SOCIAL-Evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con las obligaciones pensionales del empleador con anterioridad a la entrada en funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales

IUS VARIANDI-Contenido y alcance

El ius variandi es la facultad que tiene todo empleador de modificar las circunstancias o condiciones o modalidades en las que el trabajador ejecuta la labor contratada y su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que, de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo. Este Tribunal ha definido al denominado ius variandi, como una de las expresiones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador, la cual se materializa en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo. Tal facultad se concreta, verbigracia, en la posibilidad que tiene la respectiva autoridad nominadora de modificar la sede de la prestación de los servicios personales, bien sea discrecionalmente para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio cuando las necesidades así lo impongan, o bien por la solicitud de traslado que directamente se realice.

IUS VARIANDI-Empleador es responsable de la pérdida del beneficio pensional, por haber permanecido el trabajador durante parte importante de su vida laboral por fuera de la cobertura del ISS, por decisión de trasladarlo a un lugar donde el Seguro no tenía cobertura, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ Y EL USO INDEBIDO DEL IUS VARIANDI-Caso en que trabajador ejerció funciones en municipios donde no había cobertura del ISS, afectando su derecho a la pensión, por no reunir requisitos a pesar de haber laborado por más de 18 años

La Sala estima que el ex empleador hizo uso indebido de su facultad de imponer y modificar las condiciones de trabajo del actor, al no tener en cuenta la afectación producida por el hecho de trasladarlo a prestar sus servicios en municipios sin cobertura del ISS. Tal circunstancia generó una protuberante transgresión de su derecho a la seguridad social, en materia pensional, no obstante permanecer vinculado a la misma empresa por más de 18 años. Ciertamente, el incumplimiento del empleador de afiliar al ISS a su colaborador, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte (IVM), teniendo la posibilidad de hacerlo con solo ubicar su sitio de trabajo en un municipio con cobertura, le impidió reunir las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para obtener el derecho a la pensión de vejez.

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

Referencia: Expediente T-3.883.272

Demandante:

Germán Sánchez Cruz

Demandado: Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y otro

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que confirmó la decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela promovida por el señor Germán Sánchez Cruz.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Germán Sánchez Cruz solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso, los cuales considera vulnerados por las autoridades accionadas dentro del proceso ordinario laboral contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

1.- Reseña fáctica de la demanda

El señor Germán Sánchez Cruz presentó acción de tutela por los hechos que son resumidos, a continuación:

1.1. Solicitud de pensión de vejez

El actor Germán Sánchez Cruz laboró de manera continua e ininterrumpida para la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (en adelante FNCC) por un periodo total de 18 años, 8 meses y 29 días, en el lapso comprendido entre el 22 de marzo de 1973 y el 20 de diciembre de 1991, siendo beneficiario del régimen de transición y, por lo tanto, aspira al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los supuestos del Acuerdo 049 de 1990.

El ex empleador no efectuó el pago de los aportes al régimen de pensiones, desde el inicio de la relación laboral, toda vez que fue afiliado al sistema de seguridad social desde el 1º de marzo de 1983 hasta diciembre de 1991. La omisión de cotizar aportes por el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 1973 y el 28 de febrero de 1983, le impide completar las semanas necesarias para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez, no obstante que cumplió la edad (60 años), el 2 de noviembre de 2011.

Así las cosas, ante la solicitud de pensión, la respuesta del ISS fue negativa, argumentando que no cumple con el requisito de tiempo de semanas cotizadas.

1.2. Proceso ordinario laboral

Por medio de apoderado, promovió proceso ordinario laboral en contra de la FNCC, con el fin de que se ordene el reconocimiento y pago de las semanas dejadas de cotizar, en el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 1973 hasta el 28 de febrero de 1983.

1.2.1. La sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de agosto de 2012, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, condenando al empleador a pagar los aportes del periodo comprendido entre el 22 de enero de 1979 y el 1º de junio de 1980, negando el reconocimiento del tiempo restante, indicando que no era obligación del empleador Federación Nacional de Cafeteros de Colombia pagar aportes de pensión, toda vez que no existía cobertura del ISS en los municipios donde prestó sus servicios el actor.

1.2.2. Providencia atacada vía acción de tutela: El fallo de primera instancia fue apelado, por ambas partes procesales, correspondiéndole conocer dicho recurso a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, cuerpo colegiado que revocó la decisión de primera instancia, absolviendo totalmente a la parte demandada.

En la sentencia de segunda instancia, proferida el 3 de octubre de 2012, el Tribunal concluyó que:

De conformidad con lo expuesto (...), es dable concluir tal y como lo manifestó la entidad accionada, no existe obligación por parte de esta de realizar los aportes para el sistema de seguridad en pensiones de las personas que estaban vinculadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 en los municipios de Fusagasugá, Villeta, Topaipi, Tibacuy, por parte del Instituto de Seguros Sociales, pues la obligación de realizar la afiliación nació hasta la expedición de la Ley 100 de 1993.

En este sentido, el aprovisionamiento de capital para hacer las contribuciones al subsistema de pensiones y la efectiva realización de estas es una misma obligación y hasta tanto no se efectuó el llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, esta nunca surgió a la vida

jurídica. (...)

2.- Fundamento de la acción de tutela contra las providencias judiciales

Teniendo como fondo lo anteriormente descrito, el tutelante afirmó que con las decisiones adoptadas dentro del proceso ordinario laboral contra la FNCC se vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna, al trabajo, a la protección de la tercera edad y al debido proceso.

Aseveró que no se observó lo establecido en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, en el artículo 260 del CST y en las sentencias T-784 de 2010 y T-362 de 2011 de la Corte Constitucional, es decir, que se ha debido aplicar la norma más favorable y que los jueces naturales no analizaron que entre las partes se estableció como sitio de trabajo la ciudad de Bogotá, por ser el domicilio principal de la entidad contratante, lugar donde podía afiliarse al trabajador al régimen de pensiones del ISS, sin importar en qué parte del país prestara sus servicios.

3.- Pretensiones de la demanda

Por las razones expuestas y en virtud de no alcanzar el interés para recurrir en casación, el actor solicita que se dejen sin efecto las providencias acusadas y que, en consecuencia, se ordene a la FNCC que realice el pago de los aportes de los riesgos de IVM del ex trabajador Germán Sánchez Cruz, conforme al cálculo actuarial y valores que liquide el ISS, correspondiente al periodo del 22 de marzo de 1973 hasta el 28 de febrero de 1983.

4.- Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente (Cuaderno 1)

§ Dos (2) discos compactos que contienen el audio de los fallos de instancia dentro del proceso ordinario laboral contra la FNCC.

§ Auto del 23 de enero de 2013, proferido por el Juez 33 Laboral del Circuito de Bogotá, ordenando dar cumplimiento a lo ordenado por el superior (f. 22).

5.- Respuesta de los entes accionados

El 4 de febrero de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió

la acción de tutela y ordenó ponerla en conocimiento de las autoridades accionadas e interesadas (FNCC y Colpensiones), con el fin de que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones en ella planteados. Las entidades guardaron silencio.

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá remitió copia del proceso ordinario laboral de Germán Sánchez Cruz contra la FNCC, en 1 cuaderno con 179 folios y 3 discos compactos.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1.- Decisión de primera instancia

A través de la sentencia del 15 de febrero de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de la acción de tutela, al considerar que las providencias judiciales censuradas no pueden ser tachadas de arbitrarias o caprichosas, en la medida en que la labor interpretativa de los jueces naturales guarda correspondencia con los precedentes jurisprudenciales relacionados con el tema del pago de los aportes a seguridad social, respecto del trabajador que ha sido trasladado a un lugar donde no tenga cobertura el ISS. Explicó el a quo que:

En el caso examinado y luego de escuchar el audio de la audiencia donde se produjo el fallo que por esta vía se cuestiona, se tiene que el Tribunal accionado, para revocar el fallo de primer grado y, subsecuentemente, negar las pretensiones del demandante en el referido asunto, ciertamente argumentó lo que básicamente es motivo de censura por parte del accionante, esto es que “en el caso del actor, la demandada no estaba obligada a efectuar cotizaciones durante el tiempo que prestó sus servicios en los municipios de Fusagasugá, Topaipí y Tibacuy, ya que no existía la posibilidad legal de efectuarlos dada la falta de cobertura del ISS en esos municipios. Por lo tanto, estos tiempos tan solo son computables para una pensión de vejez a cargo de la Federación, pero no son susceptibles de tenerse en cuenta para constituir un título pensional ya que como se dijo se trata de una obligación legal que no puede exigirse de manera retroactiva”.

2.- Impugnación

El actor, mediante apoderado, presentó escrito de impugnación en el que reiteró la

solicitud de amparo constitucional argumentando que las providencias acusadas corresponden a una línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, aduce que esa interpretación normativa desconoce los derechos constitucionales de los trabajadores, como se desprende de lo que establecen las sentencias T-784 de 2010 y T-362 de 2011 de la Corte Constitucional.

3.- Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 10 de abril de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del a quo. Al respecto, estimó que:

En el asunto examinado, no es acertada la afirmación de la parte actora de considerar que las instancias judiciales profirieron las decisiones adversas desconociendo las garantías constitucionales invocadas, puesto que de manera seria y razonada argumentaron los motivos por los cuales consideraron -el a quo parcialmente y el ad quem en su totalidad-, que la entidad accionada no estaba obligada a realizar los aportes para el sistema de seguridad social en pensiones respecto de las personas que estaban vinculadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 en los municipios de Fusagasugá, Villeta, Topaipí y Tibacuy por parte del Instituto de Seguros Sociales, esto es, por cuanto la obligación de realizar la afiliación de los trabajadores que se encontraban vinculados a dichos entes territoriales solo surgió con la expedición de la mencionada legislación.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala, para revisar la sentencia proferida por el juez de instancia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo ordenado en el auto del 16 de mayo de 2013, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Nº 5 de esta Corporación.

2.- Problema jurídico

2.1. Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y la decisión de tutela adoptada por el juez de instancia, en esta oportunidad, le compete a la Sala Cuarta de Revisión establecer (i) si la presente acción de tutela es formalmente procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por el peticionario. En este sentido, la Sala deberá definir si en el presente caso se cumplen los presupuestos procesales de la acción de tutela contra providencias judiciales.

De encontrar procedente la acción, la Sala examinará (ii) frente a una eventual vulneración del debido proceso, si la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció el precedente constitucional fijado en las sentencias T-784 de 2010 y T-362 de 2011, sobre acumulación de tiempos laborados ante empleadores privados que, antes de la Ley 100 de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión y (iii) ante el posible desconocimiento del derecho a la seguridad social, se verificará si el antiguo empleador omitió el deber de realizar los aportes al sistema o el aprovisionamiento requerido, durante el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 1973 y el 28 de febrero de 1983.

2.2. Para dar solución al problema jurídico así planteado la Corte Constitucional, en su orden, (i) reiterará su jurisprudencia relativa a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales y, en particular, la relacionada con la configuración de la causal específica de procedencia por desconocimiento del precedente constitucional. Seguidamente, (ii) se pronunciará sobre la jurisprudencia constitucional alusiva a la posibilidad de computar en el régimen de prima media el tiempo de servicio prestado a un empleador particular que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión de vejez antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Para solucionar el segundo problema jurídico, la Corte (iii) examinará las atribuciones y limitaciones del empleador en ejercicio del denominado ius variandi. Posteriormente, aplicará estas reglas para solucionar el caso concreto.

3.- De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia

3.1. El tema relacionado con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido abordado por esta Corporación en múltiples ocasiones, por lo

que la Sala reiterará las premisas en que se fundamenta esta posibilidad, para luego examinar si las mismas concurren en el caso concreto[1].

Según se ha expresado en la jurisprudencia de esta Corte, la tutela contra decisiones judiciales, encuentra un claro fundamento en la implementación de un nuevo modelo de justicia constitucional basado, concretamente, (i) en el carácter normativo y supremo de la Carta Política, que vincula a todos los poderes públicos -C.P. art. 4°-; (ii) en el reconocimiento de la efectividad y primacía de los derechos fundamentales -C.P. arts. 2° y 85-; (iii) en la existencia de la Corte Constitucional, a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, y dentro de tal función, la de interpretar el alcance de las normas superiores y proteger los derechos fundamentales -C.P. art. 241-; y (iv) en la posibilidad reconocida a toda persona para promover acción de tutela contra cualquier autoridad pública, en defensa de sus derechos fundamentales -C.P. art. 86-[2].

No obstante, ha sido la propia jurisprudencia constitucional la que, también, ha dejado en claro que la posibilidad de controvertir las providencias judiciales mediante el recurso de amparo constitucional es, en todo caso, de alcance excepcional y restrictivo; en atención a que están de por medio los principios constitucionales de los que se desprende el respeto por la cosa juzgada, la necesidad de preservar la seguridad jurídica, la garantía de la independencia y autonomía de los jueces, y el sometimiento de los conflictos a las competencias ordinarias de estos[3].

Comprensión que, desde luego, encuentra particular sustento en la condición supletiva que el artículo 86 Superior le ha atribuido a la acción de tutela, lo que ha llevado justamente a entender que su ejercicio solo sea procedente de manera residual, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable[4].

En tal virtud, la acción de tutela no puede admitirse, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten[5].

3.2. Conforme con lo anterior, la tarea inicial de este Tribunal se orientó, principalmente, a

la elaboración y fijación de parámetros a partir de los cuales el operador jurídico pudiera identificar aquellos escenarios en los que la acción de tutela resultara procedente para controvertir los posibles defectos de que puedan adolecer las decisiones judiciales, para con ello determinar si hay o no lugar a la protección excepcional y restrictiva de los derechos fundamentales por vía del recurso de amparo constitucional[6]. Y, en efecto, partiendo de la necesidad de armonizar intereses constitucionales tales como la autonomía de la actividad jurisdiccional del Estado y la seguridad jurídica, junto con la efectiva prevalencia y eficacia de los derechos fundamentales, la Corte ha consolidado una doctrina en torno a los eventos y condiciones para disponer sobre su protección, cuando estos han resultado ilegítimamente afectados con una decisión judicial[7].

Así las cosas, producto de una labor de sistematización sobre la materia, en las SU-813 de 2007[8] y SU-811 de 2009[9], la Sala Plena de la Corte Constitucional, siguiendo los parámetros consignados en la sentencia C-590 de 2005[10], distinguió entre requisitos generales y causales específicas de procedibilidad.

En cuanto a los primeros, también denominados requisitos formales, debe decirse que son aquellos presupuestos cuyo cumplimiento habilitan al juez de tutela para que pueda entrar a evaluar, en el caso concreto, si se ha presentado alguna causal específica de procedibilidad del amparo constitucional contra una decisión judicial. Dicho de otro modo, son condiciones sin las cuales no sería posible abordar el estudio del fallo objeto de reproche. Ellas son:

(i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional a la luz de la protección de los derechos fundamentales de las partes. Exigencia que busca evitar que la acción de tutela se torne en instrumento apto para involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones.

(iii) Que la acción de tutela sea interpuesta en un término razonable a partir del momento en que se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cumpliendo con el denominado requisito de la inmediatez. Lo anterior, con el objeto de preservar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

(iv) Que si se trata de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto determinante en la sentencia que se impugna y que conculque los derechos fundamentales del actor.

(v) Que la parte actora haya advertido tal vulneración de sus derechos fundamentales en el trámite del proceso ordinario, siempre que esto hubiere sido posible.

(vi) Que no se trate de sentencias proferidas en el trámite de una acción de tutela. De forma tal, que se evite que las controversias relativas a la protección de los derechos fundamentales se prolonguen de forma indefinida.

Superada la observancia de los anteriores supuestos, el juez debe comprobar que se configura por lo menos uno de los requisitos de procedibilidad especiales, o defectos materiales, identificados por la jurisprudencia constitucional y definidos en la misma como las fuentes de vulneración de derechos fundamentales.

La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación tuvo la oportunidad de invocar la jurisprudencia relacionada con estos últimos requisitos de procedibilidad, refiriéndose a los mismos, así:

a. En un defecto orgánico. El cual se configura cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. Dicho en otras palabras, tal defecto se estructura en los eventos en que la decisión cuestionada vía tutela, ha sido proferida por un operador jurídico jurídicamente incompetente.

b. En un defecto procedimental absoluto. Que se origina cuando el juez ha actuado completamente al margen del procedimiento establecido, es decir, cuando este se aparta abiertamente y sin justificación válida, de la normatividad procesal que era aplicable al caso concreto. Sobre este defecto, ha expresado la Corte, que al ignorar completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina dictando una sentencia contraria a derecho, arbitraria, que vulnera derechos fundamentales. No obstante, también la jurisprudencia ha precisado que para configurar el defecto, el desconocimiento del procedimiento debe atender a los siguientes requisitos: (i) debe ser un error trascendente y manifiesto, que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y tenga a su vez una influencia directa en la decisión de fondo adoptada; y (ii) y que la deficiencia no resulte atribuible al afectado.

Así, por ejemplo, la Corte ha encontrado que se configura un defecto procedimental, en los siguientes casos: (i) cuando se deja de notificar una decisión judicial a raíz de lo cual la

parte pierde arbitrariamente la oportunidad de controvertir dicha decisión. Sin embargo, si la falta de notificación no tiene efectos procesales importantes, o si se deriva de un error del afectado, o si la misma no produjo verdaderamente un efecto real, lo cual puede ocurrir porque el afectado tuvo oportunidad de conocer el acto por otros medios, no procederá la tutela; (ii) cuando existe una dilación injustificada, tanto en la adopción de decisiones como en el cumplimiento de las mismas por parte del juez; cuando la autoridad judicial pretermite la recepción y el debate de unas pruebas cuya práctica previamente había sido ordenada; y (iii) cuando resulta evidente que una decisión condenatoria en materia penal, se produjo como consecuencia de una clara deficiencia en la defensa técnica, siempre que sea imputable al Estado.

c. En un defecto fáctico. Este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, este debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales. En ese contexto, La Corte ha explicado que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.

(...)

d. En un defecto sustantivo o material. Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad

y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.

f. [sic] En error inducido o por consecuencia. Tiene lugar, en los casos en que el juez o tribunal ha sido víctima de un engaño por parte de terceros, y ese engaño lo conduce a la adopción de una decisión que afecta derechos fundamentales. En estos eventos, la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia -autoridades o particulares-, y cuyo manejo irregular induce en error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros.

g. En una decisión sin motivación. Se configura frente al incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que les competen proferir.

h. En desconocimiento del precedente judicial. Se presenta en aquellos casos en los cuales la autoridad judicial, a través de sus pronunciamientos, se aparta del precedente jurisprudencial que le resulta aplicable al caso, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación jurídica que justifique tal cambio de jurisprudencia. Ocurre, 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. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos erga omnes.

i. En violación directa de la Constitución. La misma tiene lugar, entre otros eventos, cuando,

amparada en la discrecionalidad interpretativa, la decisión judicial se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados amparados por la Carta Política.[11] (Negrilla propia del texto)

3.3. En los términos referidos, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta imprescindible: (i) no solo que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, (ii) sino, también, que la decisión cuestionada por vía de tutela haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos y, finalmente, (iii) que el defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a derechos fundamentales. Todo lo anteriormente expuesto armoniza con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, que dispone que los fallos de tutela deberán ser remitidos a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y con el artículo 241-9 del mismo estatuto, según el cual corresponde a esta Corporación revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

3.4. En este orden de ideas, es preciso llamar la atención sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Al respecto, esta Corporación ha explicado por qué la tutela contra providencias judiciales no vulnera los principios de seguridad jurídica y de autonomía funcional del juez, como erradamente podría pensarse:

El valor de cosa juzgada de las sentencias y el principio de seguridad jurídica suponen que los fallos son respetuosos de los derechos y ese respeto no se determina a partir de la visión que cada juez tenga de ellos sino del alcance que les fije la Corte Constitucional, pues esta es la habilitada para generar certeza sobre su alcance. Y ello es lógico ya que si algo genera inseguridad jurídica es la promoción de diferentes lecturas de la Carta Política por los jueces y, en particular, sobre el alcance de los derechos fundamentales. Este es precisamente el peligro que se evita mediante la excepcional procedencia de la tutela contra sentencias pues a través de ella se promueven lecturas uniformes sobre el alcance de tales derechos y de la Carta Política como su soporte normativo. Y en lo que atañe a la autonomía e independencia de los jueces y tribunales, ellas deben entenderse en el marco de la realización de los fines estatales inherentes a la jurisdicción y, en especial, de cara al cumplimiento de su deber de garantizar la efectividad de los derechos a todas las personas.[12] (Resaltado fuera de texto).

3.5. De conformidad con lo dicho, pasa esta Sala a verificar si los hechos que se alegan en la presente causa, se enmarcan en el test de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y hacen factible, por consiguiente, la adopción de medidas de protección del derecho fundamental invocado.

4.- Cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad en el caso concreto

En la línea de las consideraciones plasmadas, encuentra la Corte que en el presente asunto, pueden tenerse como cumplidos los requisitos generales de procedencia establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Evidencia la Sala que la cuestión que se debate es, prima facie, (i) de indiscutible relevancia constitucional, puesto que se persigue la efectiva protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso del actor, ante la presunta omisión de su antiguo empleador de realizar algunos aportes al sistema de seguridad social o el aprovisionamiento requerido, para el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 1973 hasta el 28 de febrero de 1983.

Así mismo, es claro que dentro del referido proceso ordinario laboral, (ii) el accionante agotó todos los medios ordinarios de defensa que tenía a su disposición para procurar la salvaguarda de las prerrogativas iusfundamentales que estima vulneradas (interposición de recursos procedentes y no alcanzaba el interés para acudir a casación). En efecto, las providencias que se reprochan en sede de tutela son las que deciden, en primera y segunda instancia, de manera adversa sus pretensiones.

De igual manera, la Sala advierte que (iii) se cumple el requisito de la inmediatez, dado que la acción de tutela es presentada[13] poco antes de los 4 meses de pronunciada la última providencia impugnada[14] dentro del trámite ordinario.

En el caso objeto de estudio, (iv) no se trata de una irregularidad procesal y (v) la parte actora advirtió la vulneración de sus derechos fundamentales (vulneración del precedente constitucional) en el trámite del proceso ordinario laboral, manifestándolo en las diferentes audiencias y en la sustentación de los alegatos de conclusión y del recurso de apelación. Adicionalmente, a través del trámite de la presente acción, aparecen claramente identificados, tanto los hechos que originaron la vulneración atribuida a la entidad judicial

demandada, como los derechos constitucionales fundamentales que considera vulnerados[15].

Por último, (vi) no se trata de una acción de tutela contra un fallo de tutela.

5. Breve caracterización de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales por desconocimiento del precedente constitucional

Es relevante caracterizar sumariamente la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra fallos judiciales por desconocimiento del precedente constitucional. La Sala Plena de esta Corporación ha reiterado el desconocimiento del precedente[16] como causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, cuando la decisión judicial vulnera o amenaza derechos fundamentales de las partes[17]. En este sentido, el respeto del precedente vertical vincula al juez, en razón a la igualdad de trato en la aplicación de la ley, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución.

La Corte lo explicó en la sentencia SU-400 de 2012[18] en los siguientes términos:

5.2 El respeto por las decisiones emitidas por los jueces de superior jerarquía, especialmente, de órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, así como por el propio juez o magistrado cuando no tienen superior funcional es una obligación ineludible y no una facultad discrecional del funcionario judicial.

5.3 Esta Corte ha indicado que el precedente judicial vinculante lo componen aquellas consideraciones jurídicas que de manera cierta y directa están dirigidas a resolver la situación fáctica sometida a consideración del juez. El precedente está atado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que a su vez se origina de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso. Entonces, la ratio decidendi: (i) constituye la regla aplicada por el juez en el caso concreto; (ii) se establece mediante el problema jurídico analizado en relación con los hechos del caso concreto y (iii) al ser una regla se debe seguir en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella[20].

5.4 En este orden, la correcta utilización del precedente judicial implica que un caso que está por decidirse debe fallarse de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, únicamente

(i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son similares a los supuestos de hecho del caso pasado; (ii) si la consecuencia jurídica aplicada al caso anterior, constituye la pretensión del caso presente y, (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en otra distinta o más específica que altere algún supuesto de hecho para su aplicación[21].

5.5 El funcionario judicial únicamente podrá apartarse de su precedente o del precedente establecido por su superior funcional, siempre y cuando de manera expresa, amplia y suficiente, explique los motivos por los que varía su posición. De allí que corresponda al juez la carga argumentativa de explicar las razones de su actuación de forma distinta a lo resuelto con anterioridad, siguiendo los siguientes parámetros: (i) referirse expresamente al precedente anterior, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo desapercibido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia), y, (ii) exponer la razón o razones serias y suficientes para el abandono o cambio, si en un caso se pretende decidir en sentido contrario al anterior encontrándose en situaciones fácticas similares (principio de razón suficiente)[22].

5.6 En este orden de ideas, ante situaciones fácticas idénticas se impone la misma solución jurídica, salvo que el juez exponga expresamente razones serias, contundentes y suficientes para no seguir el precedente. En caso de que la nueva posición no se justifique haciendo referencia expresa al cambio de postura, la consecuencia no es otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, que pueden garantizarse mediante la acción de tutela.

5.7 En conclusión, salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria, en principio, los funcionarios judiciales están vinculados por el precedente fijado por los órganos facultados para unificar jurisprudencia sobre los distintos temas jurídicos. Sin embargo, en ejercicio de su autonomía judicial pueden abandonar dichos lineamientos, cumpliendo con una carga argumentativa estricta, demostrando de forma seria, contundente, adecuada y suficiente que lo dicho con anterioridad no es válido, es insuficiente o es incorrecto. Es decir, para superar la vinculación del precedente y el deber de resolver en forma igual casos iguales, debe justificarse la nueva postura y descalificar las consideraciones que fundamentan las decisiones anteriores.

Puntualmente, en cuanto al carácter vinculante del precedente constitucional, esta Corte ha considerado que su jurisprudencia puede ser desconocida de cuatro formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela[23]. Sin embargo, debido a que una práctica jurisprudencial saludable no puede basarse en la petrificación de determinadas decisiones o concepciones jurídicas, el principio de autonomía funcional del juez implica que este puede apartarse del precedente jurisprudencial siempre y cuando (...) encuentre razones debidamente fundadas que le permitan separarse de él, cumpliendo con una carga argumentativa encaminada a mostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte.[24]

En efecto, para resolver sobre la procedencia de la acción de tutela por esta causal, respecto de precedentes de esta Corte o de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, es preciso: (i) establecer la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas contenidas en estos; (ii) justificar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes y (iii) comprobar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial, bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales y más favorable para los derechos fundamentales.

Así las cosas, la aplicación del precedente garantiza la igualdad formal y la igualdad ante la ley, a través de la uniformidad en la aplicación del derecho[25]. Ciertamente, la Corte ha sostenido que los jueces de la República no pueden apartarse de un precedente vertical establecido por esta Corporación, o por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, a menos que exista un principio de razón suficiente que justifique su inaplicación a un caso concreto, previo cumplimiento de una carga mínima de argumentación[26].

Finalmente, este Tribunal ha considerado que cuando concurren varias interpretaciones constitucionalmente admisibles sobre un mismo tema, las cuales estén respaldadas por la

jurisprudencia vigente, y el operador jurídico decide aplicar una de ellas, la acción de tutela no está llamada a prosperar, en respeto de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial[27], pues solo se entiende que una autoridad ha incurrido en este defecto cuando se evidencie un actuar totalmente infundado que lesione derechos fundamentales, es decir cuando no respeta los presupuestos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad[28].

Precisado lo anterior y una vez verificado que se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si se ha configurado el cumplimiento de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, elevada por el apoderado del peticionario: desconocimiento del precedente judicial.

6.- Inexistencia de precedente constitucional consolidado

La Sala Cuarta de Revisión, con el propósito de sustentar la conclusión de inexistencia de precedente constitucional consolidado, realizará un breve recuento de varias decisiones que han abordado el tema dilucidado.

6.1. Control abstracto de constitucionalidad

La Sala estima que hasta ahora el único precedente constitucional obligatorio y vinculante lo constituyen las providencias C-506 de 2001[29] y C-1024 de 2004[30] y sus interpretaciones concretas que denotan la imposibilidad de acumular para efectos pensionales los periodos laborados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 ante empleadores que no tenían la obligación de afiliar a sus trabajadores al seguro social y cuyos contratos de trabajo ya habían expirado a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, esto se debe a que para ordenar el traslado de aportes pensionales a un empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, el literal “c” del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 exige que la vinculación laboral se encuentre vigente al momento de entrada en vigor del sistema general de pensiones.

6.1.1. El párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 estableció el mecanismo de totalización de las semanas cotizadas y los tiempos laborados por un trabajador que

pretenda el reconocimiento de una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, consagrando las siguientes hipótesis de acumulación:

Parágrafo 1. Para efectos de cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados; c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley; d) el número de semanas cotizadas a cajas previsionales de sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión (...) (negrilla fuera de texto original).

Mediante acción pública de inconstitucionalidad el aparte normativo “siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley” del literal c del parágrafo citado fue demandado por la presunta infracción del principio de igualdad.

Conforme con lo establecido en la sentencia C-506 de 2001, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se instituyó el deber de los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, del aprovisionamiento hacia futuro de los cálculos actuariales correspondientes a la suma del tiempo servido por el trabajador, puesto que, observando los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley, para la contabilización de las semanas es necesario que el contrato laboral se halle vigente a la fecha en que la citada ley produjo efectos, frente a las consecuencias de la respectiva transferencia. Particularmente, para la Corte existían diferencias jurídicas relevantes entre los trabajadores que sostenían una relación laboral al empezar a regir la Ley 100 de 1993 y quienes la habían finalizado. Esta circunstancia, en criterio de la Corte, habilitaba un trato diferente entre unos y otros, el cual resultaba razonable en virtud de sus disímiles posiciones jurídicas (situaciones jurídicas consolidadas en virtud de la extinción del vínculo laboral versus relación jurídica vigente con sus patronos[31]).

En efecto, la sentencia C-506 de 2001 señaló que para los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, antes de la ley

100 se consagraba, entonces, una simple expectativa de su derecho a pensión que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos respectivos (artículo 260 del Código del Trabajo y ley 6 de 1945 y 65 de 1946). Más adelante añadió que:

(...) solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100).|| La ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias (subrayado en el original).

6.1.2. Posteriormente, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En lo que interesa al mecanismo de acumulación de tiempos servidos ante empleadores privados que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, la reforma dispuso lo siguiente:

Artículo 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. (...) Parágrafo 1. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) 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 (...) (negrilla fuera de texto original).

Este texto fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad con argumentos semejantes a los planteados en la demanda que dio origen a la sentencia C-506 de 2001. Al resolver el cargo en la sentencia C-1024 de 2004 la Corte Constitucional consideró que si bien la disposición sufrió algunas modificaciones de menor entidad, el contenido normativo continúa siendo el mismo. En efecto, la comparación entre la norma original y el resultado

con posterioridad a su reforma, registra los siguientes cambios: (i) Se modifica la expresión condicional “siempre que” por un nuevo condicionamiento más explícito “siempre y cuando”. (ii) se altera levemente la redacción de la siguiente frase “la vinculación se encuentre vigente” por “la vinculación se encontrara vigente”, en razón a la modificación previa en la composición del condicionamiento. (iii) Y, finalmente, se precisa que la expresión normativa “con posterioridad a la vigencia de la presente ley” hace referencia a la Ley 100 de 1993 y no a la Ley 797 de 2003, pues corresponde a la fecha de entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones.

Vistas así las cosas, la Corte concluyó que había operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta Política) y que, en consecuencia, no puede esta Corporación volver sobre la materia que ya fue objeto de decisión, motivo por el cual se ordenará estarse a lo resuelto en el fallo citado” y así lo resolvió en la parte resolutive.

6.1.3. En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia contenida en la sentencia C-506 de 2001, reiterada en la sentencia C-1024 de 2004, (i) antes de la entrada en vigor del párrafo 1º literal c del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no existía la posibilidad de acumular tiempos servidos en el sector privado frente a distintos empleadores que tuvieran a su cargo el reconocimiento de una pensión; (ii) solo con la consagración del sistema general de pensiones se creó para los empleadores particulares la obligación de aprovisionar hacia futuro el valor del cálculo actuarial en la suma correspondiente al tiempo servido por el trabajador, con el fin de trasladarlo al administrador del régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando al momento de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 el trabajador tuviere contrato laboral vigente o este iniciara con posterioridad a la misma; (iii) para los trabajadores vinculados con empleadores particulares que tenían a su cargo el reconocimiento de una pensión antes de la Ley 100 de 1993, únicamente se plasmaba una simple expectativa de su derecho a pensión, el que solo se concretaba con el cumplimiento de la totalidad de requisitos pensionales ante un mismo empleador. Por las razones expuestas, (iv) no le era posible al legislador, en el literal c del párrafo 1º de la Ley 100 de 1993, asignar a los empleadores privados la obligación de reconocer los tiempos servidos por trabajadores cuyos contratos laborales ya se habían extinguido al momento de entrada en vigor de la mencionada ley, pues ello habría implicado la imposición de una obligación jurídica retroactiva que quebrantaría el artículo 53 de la Constitución.

6.2. Decisiones emitidas en ejercicio del control concreto de constitucionalidad

6.2.1. Este Tribunal, en sede de control concreto de constitucionalidad, ha interpretado la obligación de los empleadores de hacer aprovisionamientos de dinero para el pago de los aportes de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales cuando esta entidad asumiera los riesgos de invalidez vejez y muerte, de distintas maneras, así:

- T-784 de 2010[32] (industria petrolera): La Sala Octava de Revisión analizó el caso de un trabajador al que su ex empleador, obligado a reconocer la pensión de sus trabajadores con anterioridad a la Ley 100 de 1993, se negó a trasladar los aportes pensionales correspondientes, del 16 de julio de 1984 al 15 de junio de 1992, periodo en que el actor prestó sus servicios en la empresa accionada. En criterio del demandante el ex empleador había vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social, ya que el tiempo de servicio reclamado resultaba necesario para cumplir los requisitos de acceso a una pensión en el régimen de prima media. A su turno, el empleador aseguraba que no había infringido los derechos constitucionales del peticionario, pues en el periodo en que este prestó sus servicios el ordenamiento jurídico no contenía la obligación de afiliarlo al seguro de pensiones o de efectuar aprovisionamientos de capital para luego ser transferidos al régimen de prima media.

Para resolver la cuestión la Sala Octava de Revisión se refirió ampliamente al Régimen jurídico general establecido para el pago de pensión de jubilación a los trabajadores del sector privado con anterioridad a la Ley 100 de 1993. De acuerdo con el recuento efectuado, en la citada providencia, el artículo 14 de la Ley 6 de 1945 asignó a los empleadores la obligación de asumir el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores, previo cumplimiento de los requisitos legales; mientras que el artículo 12 de la misma ley dispuso que esta obligación iría hasta la creación de un seguro social, el que remplazaría al empleador en la asunción de la mencionada prestación y cubriría los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

La Sala Octava precisó que mediante 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 y creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El artículo 72 de esta ley

instauró un sistema de subrogación de riesgos cuya implementación sería gradual y progresiva:

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.

Más adelante, señaló que el Código Sustantivo del Trabajo[33] introdujo una disposición muy similar a la contenida en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, en la cual coloca, de manera temporal el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación, en cabeza del empleador. La providencia se refiere al artículo 259 del anotado Código:

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.

Vistas así las cosas, la Sala Octava de Revisión interpretó que el legislador estableció para los empleadores la obligación de aprovisionar el valor del cálculo actuarial correspondiente a cada uno de sus trabajadores, con el objeto de ser trasladado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuando este asumiera el reconocimiento y pago de las pensiones del sector privado. Al respecto, señaló que:

El régimen jurídico instituido por la Ley 90 de 1946, a la par que instituyó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creó una obligación trascendental en la relación de las empresas con sus trabajadores: 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. || Resalta la Corte que, a pesar de que la instauración iba a ser paulatina, desde la vigencia de ley 90 de 1946 se

impone la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de seguro social.

En consecuencia, la Sala estimó que la empresa accionada vulneró el derecho a la seguridad social del actor por la falta de la realización de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del periodo comprendido entre el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992.

En efecto, la tesis jurídica aplicable al caso consistió en que ordena que el periodo trabajado por parte de aquellas personas que se encuentran vinculadas a la industria del petróleo debe ser tenido en cuenta, para con ello garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad social. || Tal y como quedó señalado en la parte considerativa de esta sentencia, la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación. Asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, lo que en el caso de las empresas de petróleos sólo se materializó con la entrada en vigencia de la resolución 4250 de 1993 expedida por el Instituto de Seguros Sociales. No deben confundirse las dos obligaciones, pues cada una implica derechos distintos para los terceros beneficiados por las mismas, es decir, los trabajadores de dichas empresas.

· T-712 de 2011[34]: La Sala Primera de Revisión reiteró la posición tomada por la Sala Octava de Revisión en la T-784 de 2010, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-240-13.htm> – _ftn78partiendo de la interpretación del artículo 72 de la Ley 90 de 1946, según la cual, en esa norma se consagró el deber de los empleadores que tuvieran a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación de sus trabajadores de hacer los aprovisionamientos de recursos para realizar las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, una vez esta entidad asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

· T-719 de 2011[35]: la Sala Sexta de Revisión estudió un caso en el que el accionante reclamaba de un ex empleador particular que antes de la Ley 100 de 1993 tenía a su cargo el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, el traslado de los aportes

pensionales causados durante la relación laboral iniciada y finalizada con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones. Al descender al análisis del caso concreto, la Sala encontró que el demandante tenía derecho a una pensión de vejez a cargo del ISS por cumplir los requisitos de cotización y edad, absteniéndose de incluir en la historia laboral del demandante los periodos laborados ante el ex empleador particular accionado. En respaldo de su decisión, la Sala indicó que Acorde a lo establecido en la sentencia C-506 de 2001, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se instituyó el deber de los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, del aprovisionamiento hacia futuro de los cálculos actuariales correspondientes a la suma del tiempo servido por el trabajador, puesto que, observando los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley, para la contabilización de las semanas es necesario que el contrato laboral se halle vigente a la fecha en que la citada Ley produjo efectos, frente a las consecuencias de la respectiva transferencia.||Así se descarta un apoderamiento ilícito por parte del empleador, puesto que Bavaria S. A. no efectuaba ninguna deducción del salario del trabajador, ni tenía la obligación mencionada de la reserva de los cálculos actuariales.

- T-890 de 2011[36]: Tutela contra empresa petrolera; caso en que se vulnera el derecho a la seguridad social por falta de la realización de aportes en pensiones antes de la entrada en vigencia de la resolución 4250 de 1993 expedida por el ISS. La Sala Quinta de Revisión consideró que para poder establecer el grado de responsabilidad de un empleador por inscripción tardía o falta de afiliación al seguro social de sus trabajadores y los efectos que de ello se generen, es necesario determinar, en primer lugar, en qué fecha inició la obligación de afiliar en la zona geográfica en la que se ejecutó el contrato y/o a partir de qué momento fue llamada a inscripción la actividad económica de la respectiva empresa. Resaltó que con la expedición de la Ley 100 de 1993 se hace obligatorio para todos los empleadores afiliar al régimen de seguridad social en pensiones a sus trabajadores, incluidos los que desarrollan actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados.

- T-814 de 2011[37]: Tutela contra Embajada; caso en que el accionante trabajó más de diez años y fue despedido sin justa causa, adquiriendo el derecho a la pensión sanción, por lo que la Corte ordenó al ISS realizar los cálculos, según artículo 8 de la ley 171 de 1961, y a la embajada realizar los pagos correspondientes a la pensión sanción. La Sala Novena de

Revisión determinó la imposibilidad del cómputo de semanas cotizadas con anterioridad a la ley 100 de 1993 cuando el contrato no esté vigente a su entrada en vigor, explicando que los trabajadores vinculados a las empresas que tenían a su cargo la obligación de pagar las respectivas pensiones, contaban con una expectativa de adquirir el derecho de pensión cuando se cumpliera el tiempo requerido por la ley. Esta es la razón, por la que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó un artículo en el que regló la situación de estas personas.

- T-020 de 2012[38]: Tutela contra Embajada. En este caso el actor aseveró que la Embajada desconoció sus derechos fundamentales al abstenerse de realizar las cotizaciones correspondientes al tiempo laborado entre julio 1° de 1982 y diciembre 31 de 1989. La Embajada accionada indicó que jurídica y materialmente no era posible asumir esas cotizaciones, pues no existía la obligación legal para hacerlo, aunado al hecho que en el municipio donde el actor prestó sus servicios, el ISS no había asumido el aseguramiento del riesgo de vejez. En esta ocasión, la Sala Sexta de Revisión reiteró la posición constitucional de la sentencia C-506 de 2001, en cuanto señaló que con la Ley 100 de 1993 nace como nueva obligación para los empleadores del sector privado, a quienes les correspondía reconocer y pagar la pensión, aprovisionar los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la ley, o que se inició con posterioridad a la misma. Recordó que, bajo ese entendido, la Corte Constitucional puntualizó que dar un efecto retroactivo a dicha obligación, frente a relaciones laborales ya extintas, desconocería la seguridad jurídica propia del Estado social de derecho, lo cual resultaría contrario a la Carta Política.

- T-125 de 2012[39]: En esta ocasión, se estudió el caso de un banco que no realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud por no tener cobertura el ISS en algunos municipios donde prestaban los servicios sus trabajadores. La Sala Séptima de Revisión concluyó que (...) antes de la Ley 100 de 1993 los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, gozaban de una simple expectativa de su derecho de acceder a la referida prestación económica, que solo se concretaba con el cumplimiento total de los respectivos requisitos[40]. Solo al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 surgió la obligación de los empleadores del sector privado, a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, del aprovisionamiento hacia futuro de los cálculos

actuariales correspondientes al total del tiempo servido por el empleado cuyo contrato laboral se encontrara vigente a la fecha en que entró a regir la citada Ley, o se hubiera iniciado con posterioridad, para efectos de la respectiva transferencia.

- T-143 de 2012[41] y T-205 de 2012[42]: En estas providencias, la Corte Constitucional concluyó que resultaba improcedente un pronunciamiento en sede de tutela sobre el reconocimiento de aportes correspondientes a tiempos laborados por trabajadores al servicio de empleadores antes de que el Instituto de Seguros Sociales asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por tratarse de un derecho litigioso y discutible que debe ser definido por la jurisdicción laboral ordinaria.

- T-549 de 2012[43]: En esta oportunidad, el accionante trabajó en diferentes empresas entre los años 1959 y 1994 y en el año 2008 acudió al ISS a solicitar la pensión de vejez. Esta petición fue denegada por contar solo con 160 semanas de cotización, al no reportar la totalidad de los empleadores. Con base en lo anterior, el ISS le indicó que podía optar por una indemnización sustitutiva de la pensión, a la cual accedió de manera efectiva. En la acción de tutela se solicitó dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia T-784 de 2010 y consecuentemente ordenar a las empresas empleadoras, liquidar y transferir al ISS el valor actualizado de los aportes a pensión de acuerdo con el salario que devengaba en el período durante el cual laboró para ellas, incorporando en su historia laboral esas semanas.

La Sala Sexta de Revisión reiteró jurisprudencia constitucional relacionada con la procedencia de la tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez, el derecho a la seguridad social y el régimen de seguridad social en pensiones antes y después de la Ley 100 de 1993; concedió el amparo y ordenó al ISS liquidar las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el accionante en el período durante el cual trabajó para los ex empleadores.

- T-240 de 2013[44]: Tutela contra autoridad judicial por considerar que vulneró los derechos fundamentales de la actora al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez, en razón a que el antiguo empleador no estaba obligado a hacer los aportes a la seguridad social en pensiones, correspondientes al tiempo que trabajó a su servicio antes de que el ISS asumiera los riesgos de invalidez, vejez y muerte. La Sala Primera de Revisión reiteró jurisprudencia de la Corporación relacionada con la procedencia de la acción de tutela

contra providencias judiciales, declarando que no se configuró la vulneración al precedente constitucional, y decidió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la demandante y ordenó a la empresa demandada dentro del proceso ordinario, reconocer la pensión por retiro voluntario consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

- T- 492 de 2013[45]: En esta ocasión, le correspondió a la Sala Tercera de Revisión determinar si el tribunal accionado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social del accionante, al adoptar una interpretación judicial según la cual, antes del llamado a inscripción por parte del ISS, los empleadores no se encontraban en la obligación de realizar las reservas dinerarias para garantizar las pensiones de vejez de sus trabajadores en caso de que fueran requeridos posteriormente por una administradora de pensiones para que transfirieran dichos aprovisionamientos, con el objetivo de completar el capital necesario para reconocer las prestaciones pensionales a que hubiere lugar.

La Sala concluyó que la Corporación demandada no incurrió en un defecto sustantivo por interpretación errónea o irrazonable de la norma jurídica aplicable al caso, ni desconoció el precedente constitucional, puesto que la hermenéutica acogida es razonable, racional y proporcional, basada en sentencias de control abstracto de constitucionalidad y de tutela. Sin embargo, protegiendo su derecho fundamental a la seguridad social, esta Corporación consideró que, si bien la entidad ex empleadora, en principio, cumplió con las obligaciones laborales que tenía para la época del vínculo contractual con el actor, en virtud del referido principio de solidaridad, estaba llamada a cooperar para superar la imposibilidad del petitionario para acceder a la pensión de jubilación, a falta de realización de los aportes debido a la ausencia de cobertura del ISS en el municipio en que le prestó sus servicios para los años 1972 a 1977.

6.2.2. Vistas así las cosas, queda demostrado que en esta Corte existen diversas posturas constitucionales que descartan la configuración de un precedente unificado en el ámbito del control concreto.

Lo planteado no habilita a la autoridad judicial para ignorar dichos pronunciamientos, pues la carga de argumentación transparente de sus decisiones la obliga a (i) identificar las sentencias contradictorias, (ii) exponer las razones que la llevan a escoger una de las

posturas existentes, o (iii) a optar por una solución distinta[46].

7.- Incumplimiento de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en el caso concreto

7.1. Primer problema jurídico

El señor Germán Sánchez Cruz argumentó que la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá vulneró su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto desconoció la interpretación normativa aplicable al caso desarrollada por la Corte Constitucional en el precedente contenido en las sentencias T-784 de 2010 y T-362 de 2011, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 90 de 1946 y el artículo 260 del CST.

Al respecto, advierte la Sala que los fallos de tutela citados no comparten los fundamentos fácticos de la presente acción de amparo, pues, por una parte, la sentencia T-784 de 2010[47], regula el pago de aportes de una persona que posee un régimen especial, razón por la cual no puede constituir un precedente aplicable y, por otra, la sentencia T-362 de 2011[48], concluyó que la entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes, situación aplicable cuando la obligación es clara y exigible frente al empleador.

La Sala Cuarta de Revisión considera que no es posible concluir que una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de independencia y de autonomía propios de la actividad jurisdiccional, hubiere vulnerado los derechos fundamentales de una persona, al tomar una decisión debidamente sustentada en una hermenéutica posible del derecho positivo, pero contraria a una interpretación de algunas Salas de esta Corporación, la cual no ha sido unánime, más aún cuando la providencia cuestionada siguió un precedente elaborado por el pleno de la Corte Constitucional, que posee fuerza erga omnes, al estar contemplado en dos fallos de control abstracto de constitucionalidad[49] y que, asimismo, tuvo en cuenta la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, si dentro de esta Corporación existen diversos criterios sobre la obligación de los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación de hacer los aportes al ISS por el tiempo laborado por sus trabajadores antes de que se hiciera

exigible la obligación de afiliarlos a seguridad social, no puede concluirse que una autoridad judicial que actuó en desarrollo de los principios de autonomía e independencia que rigen la actividad judicial[50], hubiera vulnerado el derecho al debido proceso de una persona, al tomar una decisión debidamente fundamentada en criterios razonables, pero contrarios a una interpretación de una de las Salas de Revisión de esta Corporación que no ha sido unánime. [51]

7.2. Segundo problema jurídico

Vistas así las cosas, aunque no se evidencia una vulneración del derecho al debido proceso del señor Germán Sánchez Cruz, la Sala advierte que este también interpuso la acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital. Por lo tanto, en atención a las facultades ultra petita y extra petita del juez constitucional[52], este Tribunal analizará si dentro del ordenamiento jurídico existe alguna interpretación normativa, a la luz de los principios consagrados en la Carta, que permita proteger dicha prerrogativa.

En efecto, la Sala Cuarta de Revisión deberá establecer si el ordenamiento jurídico colombiano permite garantizar el derecho a la seguridad social, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de una persona que ha agotado los medios idóneos y eficaces de defensa, que no cuenta con una fuente de ingresos propia que le permita subsistir autónomamente, que trabajó por más de 20 años para distintas empresas, pero que en virtud del tránsito legislativo, ve menguada sus posibilidades de disfrutar de una pensión de jubilación.

Al respecto, la Sala considera pertinente aclarar que no se trata de examinar otra vez el fallo del juez natural (pues la autoridad judicial demandada no incurrió en los defectos endilgados), ni de resolver el mismo problema jurídico estudiado en dicha providencia, sino de determinar si de la aplicación de los principios contemplados en la Constitución se deriva alguna interpretación no alegada durante el proceso ordinario (por tanto no examinada en su desarrollo, en respeto de las reglas de congruencia y consonancia a este aplicables), que asegure el goce del derecho pensional del actor.

7.3. En ese orden, inicialmente, (i) se hará un breve recuento de la evolución fáctica y normativa del Sistema General de Seguridad Social, luego, (ii) se examinará la

jurisprudencia constitucional sobre los principios y alcances del ius variandi, con el fin de determinar los límites que validan su ejercicio y (iii) su verificación en el caso concreto.

8.- Evolución fáctica y normativa del Sistema General de Seguridad Social

8.1. Esta Corporación se ha detenido, en repetidas oportunidades a analizar la evolución fáctica y jurídica que antecede el actual Sistema General de Seguridad Social en materia pensional, establecido en la Ley 100 de 1993. Así, se ha señalado que con anterioridad no existía un adecuado desarrollo normativo en la materia, pues subsistían diferentes regímenes administrados por diversas entidades y correspondía a ciertos empleadores asumir el pago de las pensiones.[53]

En sus inicios, por regla general, las obligaciones patronales, como la derivada del reconocimiento de la pensión de jubilación, correspondían al empleador[54], motivo por el cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, considerada como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo. No obstante, el artículo 12 ibídem indicó que esta obligación iría hasta la creación de un Seguro Social, el cual sustituiría al empleador en la asunción de la prestación pensional y acogería los riesgos de vejez, invalidez, muerte, enfermedad general, maternidad y riesgos profesionales de todos los trabajadores.

La Ley 90 de 1946 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[55], y creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[56].

El artículo 72 de la ley 90 de 1946 consagró en Colombia un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, al establecer una implementación gradual y progresiva del sistema de seguro social, pues 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 Subrayado fuera del texto)

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 260, dispuso:

ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSION. <Artículo derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993. El texto derogado continua vigente para los trabajadores sometidos al régimen de transición creado por el artículo 36 de la Ley 100. El texto original es el siguiente:>

1. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible>[57] Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible>[58] El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio.

8.2. Esta Sala considera pertinente señalar que de conformidad con el artículo 1º de la Resolución No. 831 de 1966, emanada del entonces Director General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a partir del 1º de enero de 1967, se ordenó la inscripción en el Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte de los trabajadores y patronos comprendidos en las actividades consagradas en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, que ejerzan sus actividades en las jurisdicciones cubiertas, en ese entonces, por las Cajas Seccionales de los Seguros Sociales de Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle y por las Oficinas Locales de los Seguros Sociales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta.

A su turno, los artículos 3º y 4º de la precitada Resolución dispusieron que la inscripción se efectuará de conformidad con lo previsto en el Acuerdo No. 189 de 1965 aprobado por Decreto 1824 del mismo año y dentro de las autorizaciones que confiere la Ley 90 de 1946, el Instituto debía extender la prestación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte a todas las capitales de los Departamentos dentro de los seis (6) meses siguientes al

llamamiento del primer contingente de afiliados y, posteriormente, debía extenderlo en forma gradual a todas las regiones del país.

Los artículos 5º y 6º del Decreto 1824 de 1965 señalaron que los trabajadores que ingresaran a empresas sujetas al régimen del seguro social con posterioridad a la vigencia del seguro de invalidez, vejez y muerte, deberán ser inscritos por sus patronos dentro de los siete (7) días siguientes a su ingreso. Pasado este lapso sin que se hubiese hecho la afiliación, el trabajador podría hacerla personalmente en las oficinas del seguro, en su respectiva jurisdicción. Así mismo, cuando el patrono no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, y estos soliciten las prestaciones de este seguro, el Instituto queda facultado para otorgarlas, pero el patrono deberá pagar al Instituto el capital constitutivo de las rentas y prestaciones que se otorguen, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por la infracción.

Posteriormente, el Decreto 3041 de 1966 (Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte) estableció el campo de aplicación en su artículo 1º que reza:

ARTICULO 1º. Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez:

- a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;
- b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;
- c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;
- d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato

sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores.

PARAGRAFO. Para los trabajadores independientes, los de servicio doméstico, los trabajadores a domicilio y los trabajadores agrícolas de empresas no mecanizadas se hará efectiva la obligación al Seguro en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los mencionados riesgos, cuando se adopten los reglamentos que determinen la forma de protección y las modalidades tanto de las prestaciones, como financiación y de administración del seguros, que correspondan a las condiciones laborales, económicas y sociales de las citadas categorías de trabajadores.

El artículo 6º del Decreto Ley 1650 de 1977, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 758 de 1990 (Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez Vejez y Muerte) instituyó que eran afiliados forzosos al régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje. Con lo expuesto, se deduce que la cobertura del ISS por los riesgos de invalidez vejez y muerte se inició a partir del 1º de enero de 1967.

Este asunto sobre las irregularidades por falta de afiliación o por afiliación indebida se tornó tan riguroso que, mediante el Decreto 2665 de 1988, el Gobierno reglamentó las sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, así:

ARTICULO 19. LA NO AFILIACION. Los empleadores que no inscriban a sus trabajadores o pensionados en el término establecido en el Reglamento de Registro, inscripción, afiliación y Adscripción, serán sancionados por el Instituto, con una multa equivalente a dos (2) veces el valor de los aportes que se hubieren causado en caso de afiliación.

Las prestaciones causadas con anterioridad a la afiliación, serán de cargo del patrono en los mismos términos en que el ISS las hubiere otorgado.

ARTICULO 20. CANCELACION DE LA AFILIACION INDEBIDA. Será cancelada parcial o totalmente la afiliación, en los siguientes casos:

a). A los exonerados parciales de que trata el Reglamento de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción, y respecto de los seguros a los cuales no tenían derecho;

b). Al pensionado particular cuya pensión no deba ser compartida con el ISS y que hubiere sido afiliado por el patrono pensionante para el seguro de EGM;

c). La persona que sin tener derecho hubiere sido afiliada al Régimen, como sería el caso del que no tiene la calidad de trabajador dependiente o independiente, o de quien no se encuentra entre los grupos de población o en la zona geográfica llamada a inscripción. Este último caso, cuando el trabajador dependiente no hubiere sido inscrito con anterioridad a la vigencia del presente Reglamento.

d). Los demás excluidos expresamente por la ley o los reglamentos de los Seguros Sociales.

En efecto, se puede concluir que antes de la Ley 100 de 1993 no había un sistema integral de seguridad social, toda vez que existía una pluralidad de regímenes pensionales (bajo la responsabilidad directa del empleador), por lo que se evidenció la necesidad de establecer una cobertura progresiva y universal.

9.- Contenido y Alcances del ius variandi. Reiteración de jurisprudencia

9.1. El ius variandi es la facultad que tiene todo empleador de modificar las circunstancias o condiciones o modalidades en las que el trabajador ejecuta la labor contratada y su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que, de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo[59].

Este Tribunal ha definido al denominado ius variandi, como una de las expresiones del poder de subordinación que sobre los trabajadores ejerce el empleador, la cual se materializa en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo[60]. Tal facultad se concreta, verbigracia, en la posibilidad que tiene la respectiva autoridad nominadora de modificar la sede de la prestación de los servicios personales, bien sea discrecionalmente para garantizar una continua, eficiente y oportuna prestación del servicio cuando las necesidades así lo impongan, o bien por la solicitud de traslado que

directamente se realice[61].

9.2. Es de advertir que, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación[62] ha determinado que el ejercicio del ius variandi no tiene un carácter absoluto, en la medida en que dicha potestad encuentra límites claramente definidos en la propia Constitución Política, especialmente, en las disposiciones que exigen que el trabajo se desenvuelva en condiciones dignas y justas, en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultan a éstos para reclamar a sus empleadores por la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores y, en general, en los principios mínimos fundamentales que deben regir las relaciones de trabajo y que se encuentran contenidos en el artículo 53 superior[63]. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono[64].

Es relevante señalar que el ius variandi deberá ejercerse teniendo en cuenta: (i) las circunstancias que afectan al trabajador; (ii) la situación familiar; (iii) su estado de salud y el de sus allegados; (iv) el lugar y el tiempo de trabajo; (v) las condiciones salariales; y (vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado. De esta manera, el ejercicio del ius variandi implicará que para cada caso, el empleador observe estos condicionamientos, para que pueda tomar una decisión adecuada y coherente, y no se vean vulnerados los derechos fundamentales del trabajador.[65]

9.3. Por último, la Sala considera importante precisar el criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en el sentido de que el empleador es responsable de la pérdida del beneficio pensional, por haber permanecido el trabajador durante parte importante de su vida laboral por fuera de la cobertura del ISS, por la decisión suya de trasladarlo a un lugar donde el

Seguro no tenía cobertura. Al respecto, ha explicado la Corte Suprema de Justicia:

En el anterior orden de ideas, estima la Sala que por virtud de la finalidad que deben tener las normas protectoras de la seguridad social, antes y después de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, la inscripción o afiliación al sistema debe tener vocación de permanencia, pues no tiene ningún sentido que a un trabajador que prestó sus servicios por espacio ininterrumpido de 25 años a un empleador bajo un mismo contrato de trabajo, donde parte de su vida laboral permaneció por fuera de la cobertura del ISS, se le impida tener derecho a la pensión, y con mayor razón como sucede en el sub lite, que la pérdida al beneficio de la seguridad social fue propiciada por el patrono al trasladarlo a una zona sin cobertura social.

La verdad es que, ese traslado del lugar de trabajo, a uno donde no hay cobertura, de una persona que venía gozando de afiliación, sin que se entrara a garantizar el derecho a la seguridad social protegido legal y constitucionalmente (artículos 48 y 53 de la Constitución Política), así se aduzca la no responsabilidad del empleador arguyendo no estar obligado a cotizar por falta de cobertura, no tiene la identidad suficiente que conlleve a evitar que el trabajador afectado pueda reclamar la pensión a su patrono, que cuando se presenta controversia como en el asunto de marras sea el operador judicial quien defina el derecho según lo acontecido.

Es que habría que entender a más de lo anterior, que es razonable concluir, que para efectos de la seguridad social, cuando el trabajador es trasladado bajo un mismo contrato de trabajo a un municipio donde no exista cobertura del ISS, teniendo en su haber solamente una cotización temporal y no permanente, precaria para la obtención de una pensión de vejez, que se pueda considerar nuevamente para esos precisos fines, como si la relación laboral se reiniciara, pues no es lógico que en esa otra etapa se mantenga por más de 10 años sin seguridad social, antes de que se pueda presentar en el nuevo lugar de trabajo el llamado a inscripción, sin que le asista responsabilidad alguna a ese empleador, como se pretende sostener que fue lo que finalmente tuvo ocurrencia en el sub examine, en donde se dejó de cotizar permanentemente entre el 16 de octubre de 1974 y el 19 de noviembre de 1988, esto es, por más de 14 años.

Por todo lo acotado, la solución que dio el fallador de alzada a la presente controversia es la

que más se aviene en estricto derecho a la luz de la ley y la Constitución, lo cual no va en contravía de los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores que se mantienen vigentes, como es el caso de la sentencia del 8 de noviembre de 1976 radicado 6508 y por tanto la obligación pensional a favor del demandante, mientras el Instituto de Seguros Sociales no asuma el riesgo, en justicia debe quedar a cargo del empleador llamado al proceso.[66] (Negrilla fuera de texto original)

En este sentido es claro que el ejercicio desmedido e irracional que realice el empleador de dicha atribución que atente contra los derechos fundamentales de un trabajador, al punto de cercenarle la posibilidad de su disfrute efectivo, da lugar a que aquel cargue con la responsabilidad de asumir los compromisos que conlleven al condigno restablecimiento de esos derechos.

10.- Análisis del caso concreto

10.1. Inicialmente, es relevante señalar que la parte actora aduce que ha debido tomarse en consideración el domicilio contractual (Bogotá) a objeto de concluir que sí existía la obligación de realizar la inscripción y afiliación de los trabajadores al ISS, por lo que se configura la omisión del empleador al no efectuar dicho trámite en los municipios donde aquel prestó sus servicios para la FNCC.

Al respecto, en cuanto a si se debía aplicar el domicilio contractual o el domicilio de la prestación de los servicios para determinar la obligación de cotizar aportes al sistema de seguridad social del ISS, esta Sala advierte que el fallador del proceso ordinario, tal como lo precisó el juez de segunda instancia de tutela, se apoyó en el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (sentencias 36280, 32942, 29180, 26078, 28479) en cuanto a que la obligación de cotizar se determina en función del lugar de la prestación del servicio, conforme lo determinaron los reglamentos del ISS y no en función del domicilio del empleador.

Apreciación válida desde el punto de vista del respeto de los precedentes, pero que podría cuestionarse desde la perspectiva del uso desmedido de la facultad de ius variandi por parte del empleador en cuanto conlleva una grave afectación del derecho del trabajador a pensionarse.

10.2. Normatividad aplicable

10.2.1. De conformidad con el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990:

Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Este régimen, previo al establecido por el Sistema General de Pensiones, es uno de los contemplados por la ley como excepcionales y que, pese a haber perdido vigencia, sigue produciendo efectos jurídicos en la medida en que la Ley 100 de 1993, mediante políticas de transición, procuró que las prerrogativas concedidas a los trabajadores amparados por regímenes pensionales anteriores no fueran eliminadas completamente.[67]

En ese orden, el régimen de transición es una aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, destinado a preservar las expectativas legítimas de aquellos que confiaban obtener la condición de pensionados en circunstancias, por lo general, más benéficas que las contempladas por el legislador de 1993.

Ahora, el Acuerdo 049 de 1990 fijó las pautas normativas para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez de quienes estaban afiliados al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y efectuaron cotizaciones exclusivas al mismo -ese es el caso del accionante-, edificando un régimen más favorable en comparación con el actual.

En efecto, al analizar las dos hipótesis que la norma plantea (500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo), estas suponen un tratamiento manifiestamente más benéfico respecto del requisito del tiempo laborado previsto en el artículo 33 previsto por la Ley 100 de 1993,[68] pues este último exige 1250 semanas cotizadas, a 2013.

En ese orden de ideas, los beneficiarios del régimen de transición[69] a quienes se les

aplica el Acuerdo 049 de 1990, no solo están recibiendo un tratamiento más benéfico sino, además, excepcionalísimo, redimido del Régimen General de Seguridad Social que impone unas condiciones más gravosas para obtener el derecho a la pensión.

10.2.2. Como se dijo, para lograr la aplicabilidad excepcional y especial de las condiciones contempladas por el Acuerdo 049 de 2009, la persona debe ser beneficiaria del régimen de transición, tal como lo es el actor, quien al 1° de abril de 1994 tenía 42 años. Adicionalmente, al momento de solicitar la pensión de vejez al ISS -hoy Colpensiones-, en noviembre de 2011, el accionante contaba con más de 60 años, por lo que cumplió el requisito relativo a la edad en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora, en cuanto al número de semanas cotizadas, el accionante no acredita las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (entre el 2 de noviembre de 1991 y el 2 de noviembre de 2011, fecha en que cumplió 60 años de edad), ni tampoco las 1000 semanas en cualquier tiempo, pues según el resumen de la historia laboral, aportado al expediente, el señor Germán Sánchez Cruz tiene un total de 508,57 semanas cotizadas[70], así:

10.3. Prima Facie, la Sala Cuarta de Revisión podría coincidir con las conclusiones de los fallos acusados en cuanto a que durante el tiempo de permanencia de la relación laboral ejecutada por el demandante Germán Sánchez Cruz en la FNCC, de marzo de 1973 a febrero de 1983, en los municipios donde él prestó sus servicios, no existió la cobertura para los riegos de Invalidez, Vejez y Muerte de que tratan los Seguros Sociales Obligatorios.

Luego, sería forzoso concluir, que tampoco existía obligación legal, por parte del empleador, de efectuar la inscripción de aquél al ISS.

Corolario lógico de lo expuesto sería que al no existir la obligación legal de afiliación y pago de aportes durante la labor prestada en los municipios sin cobertura, estos no hacen parte de la historia laboral de semanas cotizadas del actor y, por lo tanto, no aparecen reportados en el Departamento Nacional de Afiliación y Registro del ISS, de manera que no podrían ser contabilizados para el computo de tiempos de servicio para hacerse acreedor de una pensión de vejez o en su defecto, una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

No obstante lo anterior, la Sala evaluará la pertinencia de la protección constitucional de su derecho fundamental a la seguridad social, a la luz de una ostensible afectación de sus garantías laborales, en materia pensional, por el uso indebido de la entidad empleadora a la facultad del ius variandi.

10.4. Tercer problema jurídico. Uso indebido de la entidad empleadora a la facultad del ius variandi

10.4.1. Se encuentra probado en el expediente, lo siguiente:

- El accionante Germán Sánchez Cruz trabajó para el municipio de Silvania del 1º de febrero de 1988 al 30 de septiembre de 1989, tiempo equivalente a 47,29 semanas cotizadas.
- Anteriormente, prestó sus servicios a la FNCC, por periodo correspondiente a 18 años, 8 meses y 29 días, desde el 22 de marzo de 1973 hasta el 20 de diciembre de 1991, contrato que terminó por mutuo acuerdo entre las partes.
- Prestó sus servicios en municipios donde, en principio, no existía cobertura del ISS desde el 22 de marzo de 1973 hasta el 28 de febrero de 1983, periodo correspondiente a 9 años, 11 meses y 9 días, equivalente a 511,29 semanas laboradas sin aportes de cotización al ISS.
- Los periodos laborados en la FNCC, sus sedes de trabajo y el inicio de la cobertura del ISS[71] se relacionan a continuación:

SEDE

PERIODO

Inicio cobertura del ISS

Fusagasugá

Marzo 22 /1973 al Junio 10 /1973

Mayo 31 / 1976,

a partir de junio

Topaipí

Junio 11 /1973 al Enero 21 /1979

A partir de la Ley 100 de 1993

Villeta

Enero 22 /1979 al Junio 1º /1980

Junio 10 / 1975, a partir de julio

Tibacuy

Junio 2 /1980 al Marzo 25 /1984

A partir de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el actor fue afiliado

desde el 1º de marzo de 1983

Arbeláez

Marzo 26 /1984 al Febrero 6 /1989

PERIODO CON COBERTURA

desde el 1º de marzo de 1983

Silvania

Febrero 7 /1989 al Diciembre 13/1990

Guayabal de Siquima

Diciembre 14/1990 al Diciembre 20/1991

Esto es, en 1973, inició su vinculación laboral en una localidad sin cobertura del ISS; luego,

en 1979, fue trasladado a un municipio donde existía cobertura desde 1975, sin embargo, no fue afiliado. Posteriormente, en 1980, nuevamente fue trasladado a Tibacuy, donde tampoco existía cobertura del ISS.

En efecto, solo hasta el 1º de marzo de 1983, la FNCC afilió al actor en pensión obligatoria por los riesgos de IVM del ISS, hasta el 31 de diciembre de 1991.

10.4.2. En los términos anotados, no resulta justo, razonable ni proporcionado que un trabajador con más de 18 años de servicios a un mismo empleador, no tenga derecho a su pensión, por el hecho de no encuadrar su situación en alguno de los supuestos según los cuales la demandada o la entidad de seguridad social asumen el riesgo de vejez, con el argumento de que por el tiempo de servicios que tenía al momento de la afiliación al Seguro Social (menos de 10 años), sumado a la falta de cobertura al inicio de su vinculación laboral, se entraría a exonerar de responsabilidad a su empleador y, a su turno, por no tener las semanas de cotización suficientes, el ISS no estaría en la obligación de reconocer esa carga prestacional; dejando al empleado en una posición de grave desprotección, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias completamente adversas frente a las que no tiene culpa alguna.

Vistas así las cosas, la Sala estima que el ex empleador hizo uso indebido de su facultad de imponer y modificar las condiciones de trabajo del actor, al no tener en cuenta la afectación producida por el hecho de trasladarlo a prestar sus servicios en municipios sin cobertura del ISS. Tal circunstancia generó una protuberante transgresión de su derecho a la seguridad social, en materia pensional, no obstante permanecer vinculado a la misma empresa por más de 18 años.

Ciertamente, el incumplimiento del empleador de afiliar al ISS a su colaborador, para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte (IVM), teniendo la posibilidad de hacerlo con solo ubicar su sitio de trabajo en un municipio con cobertura, le impidió reunir las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, para obtener el derecho a la pensión de vejez.

Como ya se advirtió en las consideraciones generales, el legítimo ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador en modo alguno puede suponer que sobrevengan graves implicaciones para los derechos y las legítimas expectativas laborales del trabajador objeto

de las medidas que aquel haya decidido adoptar respecto de las condiciones y el lugar de prestación del servicio, menos aun cuando, como claramente sucede en este caso, la empresa tenía la franca opción de ubicar al asalariado o decidir su permanencia en un municipio donde la cobertura y por ende la afiliación obligatoria estuviese vigente en aras de asegurar el aporte de las cotizaciones requeridas para causar los derechos prestacionales que en el régimen de la seguridad social se consagran. De manera que si por voluntad injustificada del empleador, esto último no resulta posible, cabe deducirle a aquel la condigna responsabilidad, en aras de propiciar el efectivo restablecimiento de los derechos conculcados mediante la adopción de todas las medidas necesarias conducentes a ese propósito.

Tal viene a ser la consecuencia inevitable de una actuación desmedida del sujeto titular del poder subordinante en la relación de trabajo en tanto quede evidenciada la grave afectación de los derechos a la seguridad social de los asalariados. En este caso, dicha responsabilidad se concreta en el pago de las cotizaciones a cargo del empleador exigidas para la consolidación del derecho pensional reclamado.

En efecto, la Sala Cuarta de Revisión considera que, en virtud de la finalidad que deben tener las normas protectoras de la seguridad social, antes y después de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, la inscripción o afiliación al sistema debe tener vocación de permanencia, pues carece de sentido que a un trabajador que prestó sus servicios mediante un mismo contrato de trabajo a la FNCC, por espacio ininterrumpido por más de 18 años (completando las 1000 semanas con tiempo cotizado a otro empleador -Municipio de Silvania-), en razón de haber sido ubicado por el empleador en municipios por fuera de la cobertura del ISS, se le impida acceder a una pensión de vejez.

Fluye de lo expuesto la necesidad de amparar el derecho fundamental a la seguridad social, en la medida en que la Corte advierte que, al computarse el tiempo sin cobertura del ISS, el señor Germán Sánchez Cruz, para el año 2011, acreditaría más de mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. En consecuencia, adquirió el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, toda vez que, al sumar el periodo al servicio de la FNCC sin cotización (511,29) a las 508,57 semanas que tiene cotizadas, se obtiene un tiempo total laborado por el actor equivalente a 1.019,86 semanas, por lo que cumple los requisitos para al reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

10.5. Esta Corporación considera apropiado aplicar el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[72], que estableció que el monto de cotización será pagado en un porcentaje del 75% por el empleador, y el restante 25% por el trabajador, en la medida en que ello le permitirá al actor completar el tiempo de aportes necesario para obtener la pensión de vejez.

Cabe precisar que, con esta medida, la sostenibilidad financiera del sistema pensional de prima media no se verá afectada, por cuanto la pensión será reconocida con el cumplimiento de todos los requisitos legales, en tanto, se respeta la edad y el número de semanas que a los beneficiarios de la transición se les exige, puesto que el actor tiene más de 60 años, y la suma de los periodos aportados y los que deberán ser pagados superan las 1000 semanas exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, como ya se explicó anteriormente.

En síntesis, en la presente acción de tutela promovida por el señor Germán Sánchez Cruz contra la FNCC y Colpensiones, hay lugar a conceder el amparo a su derecho fundamental a la seguridad social, en las condiciones advertidas.

11.- Sumario

11.1. En ese orden de ideas, la Sala revocará los fallos de instancia en relación con la protección del derecho a la seguridad social del accionante y, en su lugar, dispondrá su protección. Consecuentemente, le ordenará a Colpensiones que realice el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las 511 semanas que le hacen falta al actor para cumplir el tiempo de servicio necesario para acceder a la prestación establecida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del Instituto de Seguros Sociales.

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

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

RESUELVE

SEGUNDO.- REVOCAR los fallos proferidos el 15 de febrero de 2013, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el 10 de abril de 2013, por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, en relación con la determinación de denegar el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Germán Sánchez Cruz y, en su lugar, TUTELAR dicho derecho.

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las 511 semanas que le hacen falta al actor para cumplir el tiempo de servicio necesario para acceder a la prestación de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, como si se hubieran efectuado en el lugar más cercano donde existiera cobertura del Instituto de Seguros Sociales. Una vez elaborado el mismo, deberá ponerlo en inmediato conocimiento de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y del señor Germán Sánchez Cruz.

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

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

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

SÉPTIMO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libre la comunicación a que se refiere

el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Sobre el tema se pueden consultar, entre muchas otras sentencias, las siguientes: SU-014 de 2001; T-705 de 2002; T-949 de 2003; T-774 de 2004; C-590 de 2005; T-565 de 2006; T-661 de 2007; T-249 y T-594 de 2008; T-264, T-425 y T-537 de 2009; T-167, T-105, T-214 y T-285 de 2010 y T-419 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[2] Consultar, entre otras, la Sentencia T-217 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[3] Sentencia T-233 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

[4] Consultar, entre otras, la Sentencia T-608 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

[5] Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 de 2009, MP Rodrigo Escobar Gil, T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[6] Consultar, entre otras, la Sentencia T-462 de 2003.

[7] Al respecto, consultar, entre otras, la Sentencia T-1275 de 2008.

[9] MP Nilson Pinilla Pinilla.

[10] MP Jaime Córdoba Triviño.

[11] Sentencia T-419 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[12] Sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño). La Corte declaró inexecutable la norma que impedía interponer la acción de tutela contra sentencias de casación en materia penal, por considerar que dicha restricción vulneraba, entre otras normas, el artículo 86 de la Constitución. Los criterios allí expuestos son plenamente aplicables para reivindicar la procedencia de la tutela contra las sentencias de todos los órganos máximos en las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y jurisdiccional disciplinaria.

[13] Presentada el 31 de enero de 2013, repartida el 1º de febrero de 2013.

[14] Sentencia del 3 de octubre de 2012.

[15] A este respecto, en la Sentencia T-1222 de 2005, recordó la Corte que en las acciones de tutela contra providencias judiciales, el accionante tiene la carga de señalar claramente “los hechos en los cuales se fundamenta su petición y los derechos fundamentales que considera violados. Si no lo hace y la violación no aparece de manera evidente o manifiesta, el juez queda relevado de estudiar en detalle el expediente judicial y puede proceder a declarar la improcedencia de la acción. Así mismo, cuando el actor reduce el cargo a un tipo de violación – por ejemplo violación de la Constitución por tratarse de una vía de hecho material – el juez, salvo evidencia en otro sentido, puede contraer su estudio a dicho cargo, sin que resulte necesario que verifique en detalle si no existe en el expediente respectivo algún otro vicio o defecto que pueda comprometer la decisión judicial”.

[16] Sentencia SU-047 de 1999. Desconocimiento del precedente, se estructura cuando el juez desconoce la ratio decidendi de un conjunto de sentencias previas al caso que ha de resolver, que por su pertinencia y aplicación al problema jurídico constitucional, deben considerarse necesariamente al momento de dictar sentencia.

[17] Ver las sentencias C-590 de 2005 y T-766 de 2008, entre otras.

[18] MP Adriana María Guillén Arango, 31 de mayo de 2012.

[19] Ibídem.

[20] Sentencia T-766 de 2008.

[21] Ibídem.

[22] Sentencia T-161 de 2010.

[23] Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-086 de 2007 y T-292 de 2006, T-158 de 2006, SU-1184 de 2001, T-462 de 2003, T-1625 de 2000, SU-640 de 1998 y SU 168 de 1999, entre otras.

[24] Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006.

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

[26] En la Sentencia T-468 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil) se dispuso que: “En este contexto, surge como elemento preponderante que todo cambio o inaplicación de un precedente judicial de tipo vertical a partir de la presencia de diversos supuestos fácticos o en razón del cambio de legislación debe estar plenamente motivado, en aras de salvaguardar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, convirtiéndose el conocimiento de los argumentos judiciales, en una herramienta ciudadana de control sobre la legitimidad de las decisiones proferidas por el juzgador. // La motivación requiere entonces el cumplimiento de varias condiciones que le dotan de plena legitimidad. En efecto, ella debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia y; es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. // Por consiguiente, si un juez de tutela pretende inaplicar la doctrina constitucional que sobre una materia en específico ha establecido esta Corporación, no sólo debe motivar la decisión de manera completa, pertinente, suficiente y conexa, sino que también tiene que probar la diversidad de los supuestos fácticos o de las circunstancias de hecho que conlleven a otorgar un tratamiento desigual y/o la existencia de una nueva legislación que modifique las consecuencias jurídicas aplicables al caso controvertido.”

[27] Artículo 228 de la Constitución.

[28] Sentencia T-638 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[29] MP Álvaro Tafur Galvis.

[30] MP Rodrigo Escobar Gil.

[31] Al respecto la sentencia C-506 de 2001 sostuvo: “Todos estos elementos necesariamente inciden dentro del test de igualdad efectuado por la Corte, en atención a la alegación de la demandante referente a la discriminación en la que se incurriría en la ley 100 respecto de los trabajadores cuyo vínculo laboral ya no existía a la entrada en vigencia de la norma, pero que laboraron antes de esa fecha para empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. La demandante considera esta situación como injusta e inequitativa y carente de toda justificación objetiva y razonable, amén de

violar numerosos preceptos constitucionales. || Para la Corte, sin embargo, como acaba de verse, sí existen elementos objetivos que establecen una diferencia de situación en relación con estos trabajadores y, la diferencia de trato que establece la norma atiende a esta circunstancia, sin que ello pueda considerarse irrazonable o desproporcionado dentro del marco preciso en que se inscribe el derecho prestacional a la seguridad social al que se hizo referencia, así como de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico”.

[32] MP Humberto Sierra Porto.

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

[34] MP María Victoria Calle Correa.

[35] MP Nilson Pinilla.

[36] MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[37] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[38] MP Nilson Elías Pinilla Pinilla.

[39] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[40] Ley 6ª de 1945, Ley 65 de 1946 y art. 260 CST.

[41] MP Humberto Sierra Porto.

[42] MP Jorge Iván Palacio Palacio.

[43] MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[44] MP María Victoria Calle Correa.

[45] MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[46] Cfr. T-517 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa).

[47] T-784 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). ACCION DE TUTELA CONTRA

CHEVRON PETROLEUM COMPANY – Caso en que se vulnera el derecho a la seguridad social por falta de la realización de aportes en pensiones antes de la entrada en vigencia de la resolución 4250 de 1993 expedida por el ISS. Se trata sobre la afiliación de los trabajadores de la industria del petróleo con anterioridad y posterioridad de la Ley 100 de 1993 (régimen especial).

[48] Sentencia T-362 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo). Explica la Corte que la ley atribuye de manera expresa a las entidades administradoras de pensiones, la facultad de exigirle al empleador moroso el pago de los aportes imponiendo las sanciones establecidas sin que sea posible que dichas entidades aleguen a su favor su propia negligencia en la implementación de esa competencia (T-284 de 2007, T-668 de 2007, T-1013 de 2007 y T-239 de 2008). Siendo así, la mora del empleador en el pago de los aportes de pensiones no es válida como justificación legal para negar el reconocimiento de la pensión de vejez (T-363 de 1998 y SU-430 de 1998).

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

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

[51] Extracto de la sentencia T-240 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa).

[52] Este Tribunal ha considerado que al ser la acción de amparo un mecanismo de protección de los derechos fundamentales “(...) reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto

de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental.” Sentencia T-886 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero). En ese mismo sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos T-310 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-553 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y T-464 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[53] Sentencias T-232 del 31 de marzo de 2011 y 719 del 23 de septiembre de 2011, MP Nilson Pinilla Pinilla

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

[55] 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.

[56] 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.

[58] Numeral segundo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-862-06 de 19 de octubre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, “en el entendido que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidos, IPC, certificado por el DANE”.

[59] Sentencia T-407 de 1992 (MP Simón Rodríguez Rodríguez).

[60] Consultar, entre otras, la Sentencia T-524 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[61] Consultar, entre otras, las Sentencias T-407 de 1992, T-532, T-584, T-707 de 1998, T-503 de 1999, T-1571 de 2000, T-077, T-346, T-704, T-1041 de 2001, T-026 de 2002, T-256 de 2003, T-165 de 2004 y T-797 de 2005.

[62] Cfr., entre otras, las sentencias T-165/04, T-209/04, T-909/04, T-797/05, C-397/06, T-065/07, T-1010/07, T-1011/07, T-250/08, T-280/09, T-543/09, T-322/10, T-524/10, T-751/10, T-488/11, T-777/12, T-946/12, T-095/13, T-338/13 y T-687/13.

[63] La Corte Constitucional, en Sentencia T-797 de 2005 indicó que: “El ius variandi es una de las manifestaciones del poder de subordinación que ejerce el empleador sobre sus empleados, y se concreta en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar el modo, el lugar, la cantidad o el tiempo de trabajo. Sin embargo, dicha potestad no es absoluta, toda vez que está limitada por los derechos fundamentales de los trabajadores y los principios y valores constitucionales, específicamente, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y los principios consagrados en el Artículo 53 de la Constitución Política”.

[64] Sentencia T-483 de 1993 (MP José Gregorio Hernández Galindo).

[65] Sentencia T-751 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[66] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia #25757 de 29 de septiembre de 2005; reiterada, entre otras, en la sentencia #37757 del 31 de enero de 2012.

[67] El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, a los hombres que tuvieran 40 o más años de edad al momento de la entrada en vigencia del sistema, y a las mujeres que tuvieran 35 o más años de edad en ese mismo instante, esto es, el 1° de abril de 1994. También, a quienes tuvieran 15 o más años cotizados para esa misma fecha. Las personas que reúnan dichas condiciones, pueden pensionarse acreditando el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas consagrados en el régimen anterior al que estaban afiliados antes de que se pusiera en vigor el régimen general de seguridad social en pensiones.

[68] El Artículo 9° de la Ley 797 de 2003 modificó el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993

así: “Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:// 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.// A partir del 1° 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 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

[69] El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, a los hombres que tuvieran 40 o más años de edad al momento de la entrada en vigencia del sistema, y a las mujeres que tuvieran 35 o más años de edad en ese mismo instante, esto es, el 1° de abril de 1994. También, a quienes tuvieran 15 o más años cotizados para esa misma fecha. Las personas que reúnan dichas condiciones, pueden pensionarse acreditando el cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas consagrados en el régimen anterior al que estaban afiliados antes de que se pusiera en vigor el régimen general de seguridad social en pensiones.

[70] Informe de Colpensiones, impreso el 20 de agosto de 2013, obra en el expediente a folios 11 y 12 del cuaderno principal.

[71] Fuente: audio de la audiencia laboral de segunda instancia.

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