

Sentencia T-770/13

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y DEBER DE SOLIDARIDAD-Concepto

La Constitución Política de 1991 consagró la seguridad social en su artículo 48 desde una doble connotación: como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos. La Sala Plena de esta Corte, a su vez, ha definido la seguridad social “como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”. Llegar a esta definición del modelo de aseguramiento implicó un extenso desarrollo histórico y conceptual, tanto a nivel internacional como local. Tener conciencia de este trasfondo resulta fundamental para comprender las opciones normativas adoptadas por el legislador en un momento dado, así como para interpretar adecuadamente una disposición legal dentro del marco social y político que le antecedió y condicionó.

SEGURIDAD SOCIAL-Principales mecanismos de aseguramiento social

SEGURIDAD SOCIAL-Evolución histórica y conceptual

ORIGEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL MUNDO-Antecedentes en Europa y Estados Unidos

ETAPAS DE LA EVOLUCION DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Asistencia, previsión, los seguros sociales propiamente dichos

CONSAGRACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES

SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA-Desarrollo normativo

La entrada en funcionamiento del seguro social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación. Así, y condicionado por el número de años laborados por un trabajador a una misma empresa, el régimen de transición contemplaba que la pensión de vejez podía quedar a cargo exclusivo del empleador siguiendo las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, o ser compartida con el Instituto de Seguros Sociales. En los años posteriores el sistema nacional del seguro social obligatorio, al tiempo que aumentaba su cobertura en diferentes zonas del país, también enfrentó profundas crisis financieras que comprometieron su eficacia. También se promovieron normas que intentaban disminuir los exigentes requisitos para acceder a la pensión de vejez. Prueba de ello es la Ley 71 de 1988, que buscó fortalecer la situación de los pensionados, para quienes dispuso reglas más benéficas como la prohibición de mesadas inferiores al salario mínimo legal mensual (art. 2º). Además, creó la “pensión de jubilación por aportes”, que permitía por primera vez en el país la unificación de los tiempos pensionales en los sectores público y privado. Pero fue solo bajo el nuevo marco constitucional dispuesto en la Carta Política de 1991 que se configuró una reforma estructural del sistema pensional colombiano. Su preámbulo consagra el trabajo como uno de los objetivos primordiales del pueblo colombiano y al definir la estructura fundacional del Estado Social de Derecho en su artículo 1º presenta al trabajo y a la solidaridad como dos pilares del sistema jurídico, político y social nacional:

(i) La configuración del sistema de seguro obligatorio en el año de 1946 marcó un hito en la historia colombiana al promover un régimen de bienestar integral y universal para la clase trabajadora. (ii) Una característica definitoria del sistema nacional de seguridad social fue su implementación escalonada. Aspecto que fue consagrado de forma reiterada en la legislación e identificado por la Corte Suprema como un atributo constitutivo del I.S.S. (iii) En el caso específico de la pensión de vejez, la Corte identificó tres escenarios posibles para el trabajador al momento de entrada en funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales. Dependiendo del (a) número de años que había servido un empleado para una misma empresa y del (b) capital total de la compañía, la pensión a causarse podría corresponder exclusivamente al empleador, al Instituto o ser compartida por ambos. (iv) No obstante lo anterior, también se desarrolló una línea jurisprudencial para aquellos casos “especialísimos” en los que de seguirse estrictamente el esquema de transición los trabajadores quedaban desprovistos de una pensión de vejez. Con el fin de evitar un resultado injusto y desproporcionado en detrimento del trabajador, originado por una

situación ajena al mismo, la Corte estableció que los empleadores sí estaban obligados a realizar las previsiones actuariales, con independencia de que el Instituto de Seguros Sociales hubiera entrado en funcionamiento en una determinada región. (v) Posteriormente se profirió una sentencia que negó cualquier tipo de previsión u obligación de cotización en cabeza del empleador en los lugares donde el I.S.S. no tuviera cobertura para el momento en que se produjo la relación laboral.

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

La Corte Constitucional ha presentado, a través de sus salas de revisión, distintas aproximaciones a la obligatoriedad de los aportes en pensión por parte de los empleadores particulares para los trabajadores que se desempeñaron con anterioridad a la entrada en funcionamiento del I.S.S.. Pese a esto, la Sala Quinta de Revisión considera que es posible encontrar un sustrato común a estas posturas con el objetivo de resolver armónicamente casos como el presente.

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

Aunque no era responsabilidad de la empresa realizar al I.S.S. los aportes a pensión antes de 1967, por cuanto no habiendo entrado en funcionamiento el Instituto nadie está obligado a lo imposible, sí constituía un deber jurídico de cada empleador realizar los aprovisionamientos necesarios para hacer las transferencias al I.S.S. una vez la entidad hiciera el llamado a afiliación (Ley 90 de 1946, art. 72 y 76). Como se dijo anteriormente, la entrada en operación del Instituto era un hecho futuro pero cierto, por lo que era responsabilidad de cada empresario actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia” en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año de 1887. En esta misma dirección, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en reciente providencia (C-258 de 2013), sostuvo, al explicar el desarrollo histórico de la seguridad social en nuestro país, que la Ley 90 de 1946 “creó la obligación en cabeza de las

empresas de realizar la provisión correspondiente de la pensión de cada trabajador para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste su pago". Esta obligación de provisión se corresponde además con una fase histórica del desarrollo de la seguridad social. Como se anotó en el capítulo tercero de esta providencia, antes de la implementación de los seguros públicos obligatorios, operó un sistema basado en la provisión, fuese esta individual o grupal; ello requería tanto una operación intelectual, pre-ver, es decir anticipar la posibilidad de que acaezcan contingencias, como pro-veer, que implica disponer los medios suficientes para superar las consecuencias de esos hechos futuros. Esto permite comprender el mandato de aprovisionamiento ideado por el legislador de 1946, como una forma de transición hacia el establecimiento del sistema de seguridad social oficial y universal. Es preciso anotar también que fue voluntad expresa del legislador disponer este régimen de transición, condicionado por el pago de un aporte previo del empleador, por cuanto la ausencia del mismo daría origen a una tremenda injusticia, ocasionada por el servicio prestado por un trabajador pero no reconocido en aportes. Esto se refleja en la discusión parlamentaria que se produjo en relación con el proyecto que posteriormente desembocó en la Ley 90 de 1946.

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

La Sala Quinta de Revisión concluye que la fórmula que mejor armoniza y salvaguarda los derechos de la clase trabajadora ante la entrada en funcionamiento progresiva y difusa del Instituto de Seguros Sociales, es la responsabilidad de los empleadores de sufragar el título o bono pensional por el número de semanas efectivamente laboradas para una misma empresa, atendiendo el deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente. Las conclusiones jurídicas producto de este fallo pueden, entonces, resumirse así: 1) Si bien el Instituto de Seguros Sociales solo comenzó a funcionar en relación con el riesgo de vejez a partir del año de 1967, la Ley 90 de 1946 estableció expresamente que los empleadores particulares estaban en la obligación de realizar el aprovisionamiento necesario de modo que pudiesen girar los respectivos aportes una vez el Instituto hiciera el llamado a afiliación. 2) En la medida que el Gobierno Nacional omitió (al proferir el Reglamento General del Seguro Social, Decreto 3041 de 1966) contemplar la situación de los trabajadores (a) que no

habían completado diez años de servicios continuos o discontinuos para un mismo empleador y de (b) aquellos que llevaban cualquier tiempo pero laboraban para empresas cuyo capital no alcanzaba \$800.000, se hace necesario acudir al estatuto orgánico y original del Instituto del Seguro Social (Ley 90 de 1946) y a partir de allí desarrollar jurisprudencialmente el régimen que cobija a este grupo de trabajadores. 3) La Ley 90 de 1946 consagró, a manera de régimen de transición (art. 72 y 76), la obligación de los empleadores particulares de realizar el aprovisionamiento necesario para que, una vez el Instituto de Seguros Sociales comenzara a realizar el llamado a afiliación, cada empresa pudiese responder con las cuotas proporcionales correspondientes el tiempo de servicio laborado y no cotizado ante el I.S.S. 4) Se trata de una solución que además se compagina con el espíritu del Estado social de derecho, y sus pilares que pregonan el respeto por la dignidad, el trabajo y la solidaridad de las personas.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Reglas jurisprudenciales para la procedencia

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

PENSION DE VEJEZ Y MINIMO VITAL-Orden a Bavaria traslade el valor de la liquidación de las sumas actualizadas a Colpensiones para reconocimiento y pago de pensión de vejez, conforme al deber legal de aprovisionamiento

Referencia: Acción de tutela interpuesta por Humberto Agamez Caly contra Cajanal EICE en liquidación y Bavaria S.A. (T-3.770.015).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Villavicencio y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Villavicencio, en primera y segunda instancia, en el expediente de tutela T-3.770.015.

I. ANTECEDENTES.

El señor Humberto Agamez Caly interpuso acción de tutela contra Bavaria S.A. al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital, ante la negativa de la entidad a realizar las cotizaciones por concepto de seguridad social, producto de la vinculación laboral sostenida entre 1962 y 1963. Fundamenta su solicitud en los siguientes:

1. Hechos.

1. Humberto Agamez Caly, nacido el 24 de noviembre de 1929 (a la fecha tiene 84 años de edad)[1], manifestó en su escrito de tutela lo siguiente: “me encuentro en precaria situación económica y aún debo buscar diariamente mi sustento y el de mi anciana esposa por cuanto carezco de una pensión que justamente debía recibir desde hace casi 20 años, así como de cualquier otro medio de subsistencia”[2].

2. Relata que del 25 de febrero de 1962 al 22 de julio del año 1963 estuvo vinculado a Bavaria S.A. por medio de un contrato de trabajo, laborando en total un año, cuatro meses y 25 días. No obstante, asegura que el empleador nunca realizó las cotizaciones que ordena la ley para que pudiera acceder a su pensión por vejez, amparándose en que para la época no se había iniciado la obligación de aportes a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

3. Aduce que en diversas oportunidades ha solicitado a la compañía accionada realizar el respectivo pago o traslado del bono pensional para poder así acceder a su pensión de vejez.

4. Considera que la negativa de Bavaria S.A. le acarrea un perjuicio irremediable toda vez que no le permite cumplir con el tiempo requerido por ley para acceder a la pensión. Asegura que Cajanal le informó que a la fecha cuenta con 934 semanas cotizadas, esto es, le hace falta menos de 70 semanas, por lo cual se le negó el reconocimiento pensional

mediante Resolución 11478 de 2003.

5. Sostiene que con ello su derecho a la vida digna se ha visto gravemente comprometido, al verse obligado a su avanzada edad y con las dificultades propias de la misma, “a tratar de trabajar recurriendo a la solidaridad de mis congéneres que raya con la lástima para sobrevivir, pues como podrá imaginarse el señor juez, qué tanto puede trabajar un anciano de mi edad, empero, para no verme obligado a pedir descaradamente me alquilo para trabajar aunque entiendo que no lo hago bien”[3].

6. Indica que lo que solicita no es un gran capital, ya que su salario era apenas superior al mínimo, sino tan solo lo necesario para lograr una subsistencia digna junto con su esposa.

7. Con fundamento en lo anterior y apoyándose en la sentencia T-784 de 2010, proferida por esta corporación, el señor Agamez interpuso acción de tutela el 20 de septiembre de 2012 en contra de Cajanal EICE en liquidación y Bavaria S.A. Solicitó que se ordenara a Cajanal liquidar las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que el suscrito devengaba en el periodo reconocido por Bavaria S.A. y con base en ello el empleador transfiriera dicho valor, con el objetivo que le fuese reconocida la pensión de vejez junto con el correspondiente retroactivo.

2. Trámite procesal.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2012, el Juzgado 5º Penal Municipal de Villavicencio admitió la acción de tutela y corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran acerca de los hechos materia de la demanda.

3. Contestación de las entidades demandadas.

3.1. Unidad Administrativa especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante UGPP).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (en adelante UGPP) se opuso a las pretensiones del señor Agamez. En primer lugar, excepcionó la falta de legitimación por pasiva esgrimiendo que como a la fecha no se había producido la entrega formal de todas las obligaciones por parte de

Cajanal EICE en liquidación, dicha entidad continuaba a cargo de las actividades relacionadas con la determinación de las obligaciones pensionales. En segundo lugar, destacó que la acción de tutela no es el recurso judicial adecuado para reclamar el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter laboral.

3.2. Bavaria S.A.

Bavaria S.A., por su parte, aceptó que el demandante laboró para dicha entidad entre el 25 de febrero de 1962 y el 22 de julio de 1963. No obstante, a renglón seguido sostiene que no estaba en la obligación de realizar los aportes requeridos. Explica que “al haber ingresado el demandante a mi procurada el 16 de mayo de 1956, fecha en la cual el I.S.S. no había comenzado a asumir el riesgo de vejez y en tanto que el actor prestó sus servicios menos de diez años a mi procurada es el I.S.S. o Cajanal, quien debe asumir la pensión de vejez de la demandante de manera exclusiva, total, completa y absoluta”[4].

Puso de presente también que para los efectos que persigue el demandante, existen ágiles y rápidos procedimientos ante el juez laboral, gracias a la implementación del sistema oral. En ese mismo sentido aseveró que no hay pruebas de la afectación al mínimo vital.

3.3. Cajanal EICE en liquidación.

Esta entidad señaló que la acción de tutela no es el mecanismo apropiado para impugnar la legalidad de los actos administrativos UGM 9300 del 21 de septiembre de 2011 y UGM 040487 de fecha 28 de marzo de 2012, por los cuales se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes. Asegura además que no está legitimada por pasiva ya que el reconocimiento de la pensión se generó con posterioridad al 8 de noviembre de 2011, siendo así responsabilidad exclusiva de la UGPP.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

El Juzgado 5º Penal Municipal de Villavicencio, en sentencia del 8 de octubre de 2012, negó el amparo solicitado. En su criterio, el señor Agamez aún cuenta con una herramienta jurídica idónea, la jurisdicción laboral, a la cual no ha recurrido. Tampoco advirtió un perjuicio irremediable “toda vez que como el mismo [accionante] lo indica, se encuentra en diligencias para lograr su pensión desde el año 2003, aproximadamente”[5].

En sede de apelación, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Villavicencio confirmó mediante providencia del 4 de diciembre de 2012 la decisión del a-quo. Manifestó que es claro que el actor cuenta con mecanismos ordinarios para la protección de su derecho dentro de la jurisdicción ordinaria laboral, “máxime cuando de acuerdo con su dicho, el inicio de la relación laboral se acordó de manera verbal (...) se requiere imprescindiblemente declaración de la existencia de un contrato de trabajo, decisión que corresponde incólume al juez laboral”[6].

III. PRUEBAS.

Como pruebas documentales, el accionante adjuntó con su escrito de tutela los siguientes anexos:

i- Copia de la cédula de ciudadanía (fl. 51).

ii- Copia de la certificación laboral expedida por Bavaria S.A. en 2008, en la que informa que el accionante laboró en la Oficina de Caucasia desde el 25 de febrero de 1962 hasta el 22 de julio de 1963, pero que no se ejecutaron los pagos al sistema de pensiones, por cuanto “no se había iniciado la cotización de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, los cuales se iniciaron en la ciudad de Bogotá a partir del 01 de enero de 1967 y posteriormente en las demás ciudades del país” (fl. 7).

iii- Copia de los oficios expedidos por Bavaria S.A. el 19 de diciembre de 2008 y 23 de julio de 2009 en los que reitera que para el momento de la vinculación laboral del accionante, la empresa no estaba en la obligación de realizar aportes a pensión (fl. 8).

iv- Copia de la Resolución No. 11478 del 20 de junio de 2003, proferida por Cajanal, en la cual niega la pensión al accionante (fls. 14-17).

v- Copia de la Resolución No. 18565 del 1º de septiembre de 2003, en la que Cajanal resuelve un recurso de reposición y confirma la decisión de negar la pensión de vejez. Señala que por tratarse de tiempos públicos y privados corresponde aplicar el Decreto 2709 de 1994 y no el Decreto 758 de 1990 invocado por el actor (fls. 10-13). La resolución presenta la siguiente tabla que resume la historia laboral del accionante:

Entidad

Desde

Hasta

Días

Min. Defensa Nacional

1 dic 1956

1º oct 1958

661

I.S.S.

1 julio 1975

1º ago 1976

398

I.S.S.

9 feb 1977

18 jul 1977

160

Inurbe

18 jun 1977

30 mar 1992

5323

6542 (934 semanas)

vi- Copia de la certificación laboral expedida por el Inurbe que prueba los periodos de cotización realizados (fls. 18-29).

IV. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1. Mediante auto del 8 de mayo de 2013, el Magistrado sustanciador ordenó vincular a Halliburton Latín America S.A. (entidad que fue mencionada por Cajanal en su contestación y también por el fallo de tutela de segunda instancia), al Instituto de Seguros Sociales y a Colpensiones, para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda. De igual manera, se solicitó a Cajanal allegar las resoluciones que tuviera en su poder sobre el reclamo pensional del señor Agamez Caly. Por último, se pidió al accionante que informara si había presentado demandas adicionales para lograr el reconocimiento de la pensión.

2. El apoderado de Halliburton Latín América S.A. solicita acumular al expediente en estudio, la acción de amparo promovida por el señor Humberto Agamez Caly contra esa compañía, con número de radicación 2012-00120. Ante hechos similares al presente, el accionante exigió que le realizaran las cotizaciones por el tiempo de trabajo comprendido de 1964 a 1975, en el cual asegura haber laborado para la esa empresa.

El apoderado de Halliburton anexó copia de los fallos surtidos en ese proceso. En primera instancia se lee que el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes de Villavicencio declaró improcedente la acción de amparo por incumplir el principio de inmediatez “al haber hecho uso de este mecanismo constitucional nueve años después de la notificación de la negación de la solicitud de pensión”[7]. En segunda instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Villavicencio revocó el fallo del a-quo. En su parecer, la situación de vulnerabilidad era actual, inminente y continua. Por ello, luego de verificar el vínculo laboral[8], ordenó:

“Tercero. En efecto ordenar a Cajanal EICE hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, liquide y pague las sumas actualizadas de pensión a favor del accionante a que tiene derecho. Igual, si es del caso repita contra la empresa Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latín América S.A. en el monto del bono pensional liquidado

El escrito radicado ante esta Sala de Revisión también esgrime que el señor Agamez Caly nunca fue trabajador de Halliburton Latín América S.A., sino de Geophysical Service INC, entidades entre las cuales no hay identidad ni fusión alguna. Por lo anterior, presentó incidente de nulidad ante el fallador de segunda instancia, el cual fue negado mediante auto del 21 de enero de 2013[10].

3. Cajanal EICE en liquidación manifiesta que en virtud de los Decretos 4107 y 4269 de 2011, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) recibió las competencias que ostentaba Cajanal, en cuanto a la capacidad de proferir actos que reconocieran prestaciones y la administración de la nómina de pensionados, razón por la cual el expediente del causante Humberto Agamez Caly fue entregado a la UGPP mediante Acta No. 602 del pasado 27 de diciembre de 2012.

Anexa copia de los siguientes documentos: Resoluciones UGM 9300 del 21 de septiembre de 2011 y UGM 040487 del 28 de marzo de 2012 proferidas por Cajanal; y copia de las notificaciones de la Resolución RDP 000871 y RDP 020455 de 2013 emitidas por la UGPP.

4. La UGPP solicita a la Corte aplicar por analogía la figura señalada en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil y así acumular a este proceso el expediente de tutela promovido contra Halliburton Latín América S.A. (T-3.789.359).

La Unidad también allegó copia del expediente administrativo del señor Agamez Caly consistente en 89 páginas. Dentro de dichos documento se destaca la Resolución RDP 000871 del 11 de enero de 2013, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a nombre Humberto Agamez Caly. Dicho acto administrativo, luego de citar in extenso la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Villavicencio y sumando los tiempos de servicio ante Halliburton,

concluye que el interesado acredita un total 9.462 días laborados, correspondientes a 1.351 semanas[11]. Resuelve entonces lo siguiente:

“Artículo Primero: En cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Villavicencio-Meta el día 15 de noviembre de 2012, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Agamez Caly Humberto, ya identificado, en cuantía de \$159.653, efectiva a partir del 1º de abril de 1992, con efectos fiscales a partir del 17 de febrero de 2008 por prescripción trienal, de conformidad con el fallo objeto de cumplimiento, condicionando el ingreso a nómina de pensionados hasta tanto Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latín América S.A. cancele el correspondiente título pensional y el mismo ingrese al tesoro público”[12].

También se observa que mediante Resolución RDP 020455 del 3 de mayo de 2013, se modificó el anterior acto administrativo por solicitud del interesado. Dentro de sus consideraciones la entidad afirma que “cualquier reconocimiento pensional requiere indispensablemente que exista aportes que financien la pensión, acatando lo anterior y con el objeto de obedecer la decisión judicial la entidad debió someter el presente caso a la figura del bono pensional”[13]. En consecuencia, se eliminó el condicionamiento del ingreso a nómina de pensionados al pago efectivo del bono pensional, que se había dispuesto inicialmente. De este modo, el resuelve definitivo quedó así:

“Artículo Primero: En cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Villavicencio-Meta el día 15 de noviembre de 2012, se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Agamez Caly Humberto, ya identificado, en cuantía de \$159.653, efectiva a partir del 1º de abril de 1992, con efectos fiscales a partir del 17 de febrero de 2008 por prescripción trienal, de conformidad con el fallo objeto de cumplimiento.

(...)

“Artículo Octavo. Enviar copia de la Resolución No. RDP 00871 de fecha 11 de enero de 2013 y del presente acto administrativo a la Dirección de Pensiones de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional UGPP, con el propósito de efectuar el respectivo cálculo actuarial que conlleve el recobro de los respectivos aportes para pensión a nombre de

Agamez Caly Humberto y que debió efectuar el empleador identificado como Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latín América S.A., en consideración a lo ya expuesto”[14].

En memorial allegado el 31 de mayo de 2013, la UGPP amplió su informe. Sostuvo con respecto a la afiliación en seguridad social que por medio de la Ley 90 de 1946 se consagró el seguro obligatorio para trabajadores asalariados del sector privado y organismos descentralizados, nacionales, departamentales y municipales, así como la creación de un organismo descentralizado, cuya función primordial era la dirección y vigilancia de la prestación de la seguridad social a nivel nacional y regional. Pero el cambio en el modelo de aseguramiento fue gradual, en tanto el “I.S.S. no cubrió inmediatamente a la totalidad de los trabajadores, sino que originó un régimen de transición en el cual algunas pensiones quedan a cargo de los empleadores, otras del I.S.S. y otras compartidas entre el empleador y el I.S.S.”[15].

Aterrizando al caso concreto, anunció su inconformidad con la fórmula fijada por el juez de instancia, dada la naturaleza funcional de la UGPP. No obstante, relata que acató su decisión y por ello incluyó al accionante dentro de la nómina de pensionados a partir del mes de junio de 2013:

“Lo anterior quiere decir que esta Unidad no es administradora de fondo de pensiones, sino su función principalmente, es el reconocimiento de prestaciones económicas, las cuales son canceladas por el Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional, surgiendo con lo anterior la imposibilidad jurídica de recibir el cálculo actuarial de la empresa Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latin America S.A. de acuerdo con el fallo proferido por el Juzgado 01 Penal para Adolescentes del Circuito de Medellín.

Sin embargo, se manifiesta a los Honorables Magistrados que en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado 01 Penal Para Adolescentes del Circuito de Villavicencio esta Unidad profirió la Resolución No. RDP 000871 del 11 de enero de 2013 y la Resolución No. 20455 del 03 de mayo de 2013 las cuales se adjuntan al presente escrito, reconociendo la pensión de Jubilación por aportes, las cuales se tiene previsto incluir en nómina para el mes de junio de 2013”[16].

5. En providencia calendada el 7 de junio de 2013, la Sala Quinta de Revisión ordenó la

práctica de pruebas adicionales y suspendió el término de decisión mientras se recolectaban y revisaban las mismas:

“PRIMERO.- REQUERIR al Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia se pronuncien acerca del amparo interpuesto por el señor Humberto Agamez Caly (C.C. 957.997) en lo que sea de su competencia y alleguen el material probatorio relevante que tengan en su poder en relación con el caso objeto de estudio. Específicamente que respondan ¿en qué fecha exacta surgió la obligación para Bavaria S.A. de inscribir ante el Instituto de Seguros Sociales sus trabajadores con sede en Cauca, Antioquia, y si la empresa cumplió con dicho deber oportunamente?

SEGUNDO.- ORDENAR a Bavaria S.A. responder, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, los siguientes interrogantes:

¿Cuál era el capital de Bavaria S.A. para el año 1962 y 1963?

¿En qué fecha comenzó Bavaria S.A. a realizar la inscripción de sus trabajadores con sede en Cauca, Antioquia, ante el Instituto de Seguros Sociales?

¿Realizó Bavaria S.A. algún tipo de aprovisionamiento o de reservas presupuestales para cubrir los gastos de seguridad social (pensión de vejez) de sus trabajadores con anterioridad al 1º de enero de 1967?, en caso afirmativo ¿cuál fue el procedimiento y las directrices para hacer dicho aprovisionamiento?

TERCERO.- ORDENAR a Humberto Agamez Caly informar, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, si ya se hizo efectivo el pago de la pensión reconocida mediante Resolución RDP 000871 del 11 de enero de 2013 y en qué medida la misma mejorado su condición económica y la de su núcleo familiar”[17].

6. Al anterior requerimiento solo respondió en tiempo Bavaria S.A., quien manifestó en relación con los interrogantes formulados lo siguiente[18]:

(i) De acuerdo a la información extractada de los estados financieros, la Empresa para los años 1962 y 1963 tenía el siguiente capital:

Periodo

Capital Autorizado

Capital suscrito

31.12.1962

\$300.000.000,00

\$275.000.000,00

31.12.1963

\$500.000.000,00

(ii) Bavaria S.A. efectuó la inscripción de sus trabajadores al Instituto de los Seguros Sociales, una vez inició la obligación legal. En el municipio de Cauca (Antioquia) fue el 23 de noviembre de 1993, según Resolución No. 5575 de 1993.

(iii) Antes del 1º de enero de 1967 Bavaria S.A. no realizó ningún tipo de aprovisionamiento para cubrir los gastos de pensión de vejez de sus trabajadores, debido a que las normas de seguridad social vigentes para la época no lo exigían.

De otra parte, precisó que el señor Humberto Agamez Caly laboró en Distribuidora Águila S.A. del 25 de febrero de 1962 hasta el 22 de julio de 1963 y que esa Empresa es una sociedad totalmente diferente a Bavaria S.A..

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral noveno de la Constitución, así como en los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

A partir de los antecedentes referidos, la Sala Quinta de Revisión observa que el aspecto medular de la acción de amparo invocada por Humberto Agamez Caly radica en establecer si Bavaria S.A. se encuentra legalmente obligada a sufragar el bono pensional por concepto del año y cuatro meses que el accionante trabajó para la entidad en 1962.

En su defensa, Bavaria S.A., aunque reconoció que la relación laboral efectivamente se produjo, esgrimió que la misma ocurrió en una fecha en la cual el I.S.S. no había comenzado a asumir el riesgo de vejez y en tanto que el actor prestó sus servicios por menos de diez años, era el Instituto de Seguros Sociales o Cajanal, quien debía asumir la referida pensión de forma total.

Los jueces de tutela declararon improcedente la acción, al considerar que el actor cuenta con mecanismos ordinarios para la protección de su derecho dentro de la jurisdicción laboral y que tampoco se advertía perjuicio irremediable alguno que ameritara la intervención del juez constitucional.

En sede de revisión, esta corporación desplegó un conjunto de actuaciones encaminadas a indagar sobre los hechos narrados por el señor Agamez. Si bien no se obtuvo respuesta directa por parte del accionante, la Sala constató que mediante otra acción de tutela, se ordenó a Halliburton Latín América S.A. reconocerle el tiempo laborado y con ello se completó el periodo faltante para hacerse a la pensión.

Mediante Resolución RDP 000871 del 11 de enero de 2013, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Agamez Caly, en cuantía de \$159.653, efectiva a partir del 1º de abril de 1992, con efectos fiscales a partir del 17 de febrero de 2008. Asimismo, la UGPP informó a este Despacho que el accionante fue incluido dentro de la nómina de pensionados a partir del mes de junio de 2013.

De la reseña fáctica trascrita, así como de las pruebas recolectadas por esta corporación, se advierte que la vulneración denunciada por el accionante denota una dificultad de raigambre tanto legal como constitucional, relacionada con la implementación gradual del Instituto de Seguros Sociales y la obligación de los empleadores particulares de realizar los aportes para cubrir el riesgo de vejez de sus trabajadores, en atención al derecho

fundamental de la seguridad social. Dicho esto, la Sala de Revisión formula los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿En qué fecha surgió y cómo se desarrolló la obligación legal para los empleadores particulares de realizar las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales por concepto del riesgo de vejez?
- (ii) ¿Cómo ponderar las dificultades que produjo la implementación gradual del I.S.S. con el derecho fundamental y universal de los trabajadores a acceder a una pensión de vejez?
- (iii) En el caso específico de Humberto Agamez Caly, ¿Está Bavaria S.A. legalmente obligada a sufragar el bono pensional por concepto del año y cuatro meses que el primero trabajó para la entidad en 1962, teniendo en cuenta que el accionante recientemente se hizo acreedor a una pensión vitalicia?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) la evolución histórica y conceptual de la seguridad social; (ii) el desarrollo normativo del sistema de pensiones en Colombia; (iii) la postura de la Corte Suprema de Justicia en relación con las obligaciones pensionales del empleador con anterioridad a la entrada en funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales; (iv) la línea jurisprudencial decantada por la Corte Constitucional sobre la materia. A partir de lo anterior, concluirá sobre (v) la responsabilidad del empleador frente a los aportes en pensión de sus trabajadores antes de la cobertura del I.S.S; y luego (vi) resolverá el caso concreto.

3. Evolución histórica y conceptual de la seguridad social.

La Constitución Política de 1991 consagró la seguridad social en su artículo 48 desde una doble connotación: como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos[19].

La Sala Plena de esta Corte, a su vez, ha definido la seguridad social “como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar

su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”[20].

Llegar a esta definición del modelo de aseguramiento implicó un extenso desarrollo histórico y conceptual, tanto a nivel internacional como local. Tener conciencia de este trasfondo resulta fundamental para comprender las opciones normativas adoptadas por el legislador en un momento dado, así como para interpretar adecuadamente una disposición legal dentro del marco social y político que le antecedió y condicionó.

El tratadista español José Almansa Pastor describe así el largo camino recorrido, y que aún recorre, el concepto de seguridad social hacia su consolidación: “La seguridad social es un producto histórico que se está haciendo. Surgió deforme, en plena anarquía normativa. Está siendo encauzada dentro de unos moldes ordenativos racionales. Y camina hacia una plenitud vital”[21].

A continuación, se hace una breve exposición de los principales mecanismos creados para enfrentar las contingencias de la vida humana, así como los modelos comparados más representativos. Por último, se reseñan los instrumentos internacionales que recogieron el anhelo de forjar un sistema obligatorio, solidario y universal de seguridad social.

3.1. Los principales mecanismos de aseguramiento social[22].

3.1.1. En todos los tiempos y lugares los seres humanos han estado y siguen sometidos a determinadas incidencias que provocan necesidades. Pero los grupos de personas también han hecho frente a tales contingencias mediante la búsqueda y perfeccionamiento de instrumentos de protección. En esta encrucijada de riesgos en que se halla inexorablemente la naturaleza humana, se sitúa la seguridad social, cuya finalidad última consiste en la satisfacción de tales necesidades[23].

Dentro de la compleja evolución de la seguridad social es posible identificar al menos tres etapas o paradigmas de aseguramiento:

(a) La asistencia:

La asistencia es el instrumento protector para apaciguar la situación extrema de pobreza o indigencia. Puede ser cubierta por: (i) la familia, en cuanto célula social primaria, soportada

en los vínculos filiales; (ii) organizaciones privadas, cuyo sustento radica en la caridad, entendida como deber moral evangélico, y, si se quiere, en la solidaridad cristiana de grupos sociales intermedios quienes aportan fondos privados para la atención de los más necesitados; (iii) la asistencia pública o beneficencia general, entendida como medio de política social a disposición del Estado, el cual no se limita a tolerar la asistencia privada, sino que instituye su propia campaña de auxilio.

Se trata de un sistema que ha caído en desuso por cuanto los vínculos familiares o de empatía que permiten la cohesión se hacen cada vez más difíciles en grandes urbes, lo que ha disminuido a su vez la adscripción de donaciones para la asistencia. Además, no representa un cambio sustancial en la medida que se dirige principalmente a subvenir contra los estados de privación o necesidad en que la indigencia consiste y no a remediar ex origine los motivos que la provocan. Pero más importante aún, los necesitados tienden a rehusar cada vez más la protección basada en la limosna caritativa en tanto responde “a una concepción poco dignificante del hombre porque no contribuye a su superación progresiva ni a la necesaria incorporación de las personas a las corrientes activas de la cultura y del trabajo, y en cambio sí genera una sensación de laxitud improductiva, que relaja las conductas y somete a los pueblos a una condición mendicante”[24].

(b) La previsión:

En su acepción más general supone la acción de disponer lo conveniente para atender a necesidades previsibles. Exige la concurrencia de dos operaciones, intelectual una, volitiva la otra:

“De un lado, requiere pre-ver, es decir, anticipar la visión de hechos futuros o captar intelectivamente la posibilidad de que acaezcan sucesos en el devenir del tiempo. Pero es más, no se trata de cualquier tipo de acaecimientos, sino de aquellos que pueden producir necesidades sociales en el individuo. La operación intelectual no es difícil en sí, porque la experiencia muestra los hechos que pueden acaecer y la posibilidad existente de su advenimiento.

De otro lado, no basta la visión anticipada, sino que ha de unírsele la actitud volitiva de disponer los medios o instrumentos suficientes y adecuados para evitar o superar las consecuencias de esos hechos futuros, es decir pro-veer”[25].

La previsión puede realizarse a nivel individual mediante la simple renuncia voluntaria que el individuo decide a su consumo actual con la finalidad de cubrir la posibilidad de necesidades futuras; es lo que conocemos como ahorro. Paul Durand destaca que moralmente constituye un mecanismo de gran valor, por cuanto que es el propio individuo, sin depender de nadie, el que se libera por sí mismo de la necesidad. Procedimentalmente tiene una gran ventaja por cuanto la persona no tiene que aguardar la lentitud del procedimiento indemnizatorio ante la ocurrencia del siniestro.

No obstante, los niveles bajos de renta apenas permiten atender las necesidades vitales de actualidad e impiden detraer parte alguna para riesgos futuros; y al estar expuesto a la depreciación monetaria, perjudica el sacrificio del ahorrante.

Existe también la previsión colectiva. En este punto son de destacar las sociedades de defensa mutua. Su identificación tenía que ver con intereses religiosos o de oficio, fueron pioneras en la materia: las Heterias griegas; los Collegias entre los romanos; las Wildas en Alemania; las Cofradías, Hermandades y Maestrías en España y otros. Dichas asociaciones fueron desplazadas, posteriormente, por las típicamente profesionales: los Gremios (la palabra Gremium significa asociación de colegas), que dieron impulso marcado al desarrollo de las profesiones y a la protección de los trabajadores[26].

Otra manifestación de la previsión colectiva es el seguro privado en la que si bien el sistema protector puede desintegrarse en una suma de actos individuales (contratos, actos asociativos), las posibilidades de realización exigen que sea colectivo[27]. En este sentido ofrece también una dilución de las cargas entre todos los miembros del grupo, pero a diferencia de las sociedades mutuales, en donde los afiliados son aseguradores de sí mismos, de forma que es la propia mutualidad quien percibe las cuotas y reparte las prestaciones; en el seguro privado, cada individuo es tan solo asegurado, frente a una entidad distinta del grupo, llamada asegurador, que actúa de intermediario entre los asegurados, percibiendo las primas y repartiendo las prestaciones. Se ha dicho que los inconvenientes de este mecanismo radican en gravar con el costo de la prima exclusivamente al asegurado, así como en la cuestionable idea de generar lucro comercial a partir de la necesidad humana.

(c) Los seguros sociales propiamente dichos:

Los seguros sociales son mecanismos específicamente diseñados para cubrir las principales contingencias de las personas. En efecto, la eficaz protección social demanda sistemas propios, engendrados para tal fin; pero para que tuviera lugar el nacimiento de estos instrumentos, “hubo de producirse una circunstancia trascendental: la transformación gradual de los principios individualistas sustentadores de un Estado liberal en los fundamentos solidaristas de un Estado social intervencionista”[28].

Como seguro, asume los principios y las técnicas del seguro privado, lo que supone dispersión del riesgo, técnicas actuariales y exigibilidad jurídica. Sin embargo, se distancia del mismo por cuanto supera el carácter optativo y la autonomía para regular las cláusulas contractuales -características típicas del seguro privado-. En este sentido, los seguros sociales propiamente dichos escapan a la esfera de la iniciativa privada para convertirse en materia de orden público con rigurosa ordenación normativa en cuanto a afiliación, cotizaciones, prestaciones, etc.[29] Asimismo, tiene la característica singular de que el asegurado (trabajador) contribuye conjuntamente con el tomador del seguro (empleador) al pago de las primas o cotizaciones[30].

Para comprender íntegramente el proyecto de los seguros sociales y su magnitud, es necesario contar con una definición de seguridad social y prestar atención a los modelos nacionales que intentaron materializar este ambicioso ideal de liberación de las necesidades humanas. El siguiente acápite se encarga de estos asuntos.

3.2. El concepto de seguridad social.

En efecto, las anteriores iniciativas de atención social, ya fueran privadas o gremiales[32], habían partido de una premisa que resultó insuficiente: la confianza en que si se dejaba a los trabajadores a su propia suerte, ellos estarían dispuestos, serían capaces y tendrían la imaginación suficiente para cubrir las contingencias propias de la vida, gracias a su esfuerzo individual o mediante cierto tipo de contrato colectivo y voluntario. El error del supuesto se hizo evidente: los trabajadores, absorbidos en la supervivencia día a día, escasamente tenían tiempo para considerar contingencias futuras; responder por los gastos diarios tenía prevalencia sobre las posibilidades del mañana. De cualquier forma tampoco había excedente significativo para ahorrar[33].

Es en este marco que se origina en la Alemania de finales del siglo XIX el primer gran

sistema oficial de protección social. El crecimiento demográfico y el proceso de industrialización determinaron que surgiera un proletariado urbano especialmente expuesto a los riesgos sociales. Sin la existencia de este mundo industrial moderno, no es posible comprender la formación del sistema de seguros sociales[34]. Además, una profunda crisis económica, con dificultades financieras, cierres de fábricas y huelgas, dieron importante impulso a las ideas socialistas y a una robusta asociación sindical.

Este auge del movimiento social inquietó al canciller Otto Von Bismarck, quien puso en práctica una política de habilidad y fuerza, en la que restringió notablemente las libertades sindicales, pero a la vez advirtió la necesidad de mejorar la suerte de la clase obrera, esperando con ello suprimir las causas de la agitación popular y desviar las masas del socialismo. Proyecto que encontró fundamento teórico en una corriente promovida por pensadores y escritores políticos que “propiciaban amortiguar los conflictos entre el capital y el trabajo, y estimaban que el Estado no puede permanecer indiferente a la miseria de una parte de la Nación, sino que tiene una función de civilización y bienestar”[35].

En el curso de este “Socialismo de Estado”, Bismarck anunció su proyecto en el mensaje al Reichstag de 1884. El Canciller buscó convencer que había sido su gobierno, y no el partido social demócrata, el que introdujo las reformas sociales; al tiempo, intentó calmar a los liberales preocupados por la intervención del Estado en las relaciones laborales. Gracias a la estabilidad de su poder, el sistema alemán de seguros sociales se edificó en pocos años mediante tres disposiciones fundamentales: La ley de 15 de junio de 1883 organizó el seguro de enfermedad, la de 6 de junio de 1884 el seguro de accidentes de trabajo y la de 22 de junio de 1889 el seguro de invalidez-vejez.

El sistema, en su conjunto, obedeció a las siguientes características definitorias: (i) el seguro es obligatorio para todos los individuos sometidos a la aplicación de la Ley (obreros industriales que tuvieran salarios anuales inferiores a cierto monto), por cuanto se trata de una relación legal impuesta por vía de autoridad; (ii) responde al principio de la solidaridad, en tanto que cada trabajador realiza aportes para ayudar a los colegas en tiempo de necesidad; (iii) la carga financiera se reparte entre los empleadores y los asegurados, a lo cual podía eventualmente añadirse una subvención del Estado, obtenida del presupuesto general; (iv) los beneficios del sistema normalmente se corresponden con lo que la persona ha estado devengando.

3.2.2 Ahora bien, fue en los Estados Unidos de América donde se utilizó por primera vez oficialmente la noción de seguridad social (“Social Security”) en una ley de 1935. Tuvo su causa más próxima en la gran crisis económica de 1929 que provocó profundos cambios: restricción de la actividad económica, desórdenes en el sistema bancario y un desempleo de grandes magnitudes. La asistencia pública y las instituciones privadas en las que el país había depositado su confianza, se mostraron insuficientes frente a las dificultades; tras un cierto tiempo, se agotaron los ahorros individuales, privando a una gran masa de cualquier recurso frente al incesante desempleo, la enfermedad, la invalidez y la vejez[36].

La administración reconoció la necesidad de adoptar medidas que afrontaran la situación de inseguridad de los ciudadanos, y en el año 1934 creó un comité específico para que estudiara el problema y presentara sus recomendaciones. La Comisión parlamentaria para la finanzas que examinó el proyecto gubernamental, decidió cambiarle el nombre, por lo que la ley promulgada finalmente se denominó “Social Security Act” del año 1935.

Esta ley introdujo el seguro social de desempleo y vejez, de forma limitada a algunas categorías de trabajadores, y concedió subsidios a favor de servicios de asistencia y sanidad pública. Se caracterizó además por la decidida convicción de no garantizar más que una protección del nivel mínimo, para no comprometer con ello el espíritu de la iniciativa privada del pueblo.

Fue precisamente en la tradición del liberalismo político y social, que el presidente Franklin Delano Roosevelt realizó un discurso que en el año 1941[37] permitió concebir una novedosa y robusta noción de libertad, afín a la seguridad social:

“En los días futuros, que tratamos de hacer seguros, anhelamos un mundo fundado en las cuatro libertades humanas esenciales: La primera es la libertad de palabra y expresión, en cualquier lugar del mundo. La segunda es la libertad de cada persona para adorar a Dios a su propio modo, en cualquier lugar del mundo. La tercera es la libertad frente a la miseria, que, traducida en términos mundiales, significa acuerdos económicos que aseguren a cada nación una vida saludable y en paz para todos sus habitantes, en cualquier lugar del mundo. La cuarta es la libertad frente al miedo, que, traducida en términos mundiales, significa una reducción a escala mundial del armamento hasta tal punto y de manera tan profunda que ninguna nación esté en situación de cometer un acto de agresión física contra

ningún vecino, en cualquier lugar del mundo. Esta no es la visión de un milenio lejano. Es una base concreta para una clase de mundo alcanzable en nuestro propio tiempo y en nuestra generación". (resaltado fuera del original).

Como señala el tratadista italiano Augusto Venturi, la formulación de las cuatro libertades rooseveltianas presenta conceptos heterogéneos: dos son libertades de hacer algo (freedom of); dos son libertades frente a algo (freedom from). Las dos primeras, tradicionales, se traducen en la pretensión del ciudadano de la abstención por parte del Estado y de terceros en todo cuanto pueda perturbar determinadas actividades suyas; las otros dos constituyen derechos de crédito respecto de determinadas prestaciones, con lo cual superan la mera situación de abstención por parte del Estado[38].

3.2.3 Si bien la idea de seguridad social se inauguró con la ley americana de 1935, el concepto encontró su expresión más completa en Gran Bretaña con el Informe Beveridge. En junio de 1941, el gobierno inglés nombró un Comité interministerial para llevar a cabo un estudio de los sistemas de seguro social y los servicios conexos existentes, así como para hacer proposiciones. Estas recomendaciones adquirieron una gran importancia política[39], en la medida en que proponían la radical transformación del sistema, hasta el punto que las conclusiones a las que llega el Comité, por decisión del Gobierno que no quería verse vinculado por ellas, fueron firmadas únicamente por su Presidente: el economista William Beveridge.

El informe, evocando las palabras del Presidente Roosevelt, se propone como objetivo central la liberación de la necesidad ("freedom from want") por medio de una amplia redistribución de la renta nacional, de manera que se asegure a todo ciudadano un ingreso suficiente en todo momento para satisfacer sus cargas. En el documento se lee el siguiente análisis sobre la participación del Estado y la responsabilidad compartida del individuo en la superación de la miseria:

"El tercer principio [en que se basan las recomendaciones presentadas] es que la seguridad social debe ser alcanzada por medio de la cooperación entre el Estado y el individuo. El Estado debe ofrecer seguridad tanto para el servicio como para la contribución. Al organizar la seguridad, el Estado no debe sofocar el incentivo, la oportunidad y la responsabilidad privada; al establecer un mínimo nacional, debe dejar espacio y alentar la acción voluntaria

de cada individuo para proveerse más que aquel mínimo, a sí mismo y a su familia”[40].

El proyecto oficial del Gobierno, aunque finalmente menos ambicioso que la propuesta de Beveridge, desembocó en varias leyes que forjaron un avanzado sistema de seguridad social en el Reino Unido: la de subsidios familiares (1945), la de accidentes de trabajo (1946), la de seguros sociales (1946), la del servicio nacional de salud (1946) y la de servicios de asistencia y previsión social (1948).

3.2.4 Para terminar este apartado, se hace necesario identificar la diferencia filosófica entre los sistemas de atención de las necesidades formulados desde una posición individualista y liberal, de las formas de seguridad social edificados sobre el pilar de la solidaridad; aspecto neurálgico de la discusión en torno a los distintos sistemas de seguridad social.

Como señala el profesor José M. Almansa Pastor, en un sistema de organización política netamente liberal, el concepto de libertad se formula negativamente. El Estado, que debe evitar inmiscuirse en la esfera de los derechos individuales, no puede establecer medidas eficaces de protección de las necesidades sociales, porque ello supondría o bien obligar a unos individuos frente a otros, atentando contra la autonomía de la voluntad, o bien acudir a unas gravosas exacciones fiscales, que la libertad individual no consiente al Estado[41]. Dicha posición se corresponde, además, con el principio individualista, según el cual la superación de las necesidades es una cuestión que atañe a cada persona, quien, como soberano de su destino y conducta, debe remediarlas con el mérito propio.

Del otro lado, un sistema de organización política que concibe la libertad en un sentido positivo, es decir, limitando la esfera de posible actividad individual en beneficio de la acción estatal, formula un régimen intervencionista. La idea de la solidaridad que cohesiona y une a los individuos en el complejo social, permite al Estado recurrir a medios de exacción fiscal de imposición, a fin de costear financieramente los gastos que supone el servicio público[42]. Desde esta perspectiva el ciudadano no se reduce a una entidad aislada dejado a su propia suerte, sino “se tiende a que los medios destinados a la protección que cubre al conjunto de la población se aporten por todos los miembros de la sociedad, en base a su capacidad contributiva independientemente de intereses concretos en el campo de las prestaciones”[43].

Es bajo el amparo del principio de la solidaridad que se configuran los sistemas modernos de seguridad social, y que los hacen tan particulares, al propender por la cooperación para garantizar a todo ser humano la protección contra las contingencias y riesgos propios de la vida. En palabras de Augusto Venturi:

“El carácter fundamental de la seguridad social –aquel que constituye su principio generador y así hace que ésta, incluso cuando se sirve de elementos técnicos o jurídicos preexistentes, los transforme y renueve- es su original importante ética. Ya hemos destacada cómo, desde la misma expresión que lo designa, el nuevo sistema se manifiesta dominado por el fin que se encuentra llamado a realizar, más que por la naturaleza de los medios utilizados, como sucede con el seguro social y la asistencia. Y este fin es original e innovador en la medida en que sustituye al concepto de la mano piadosa que socorre al indigente y al de una política social dirigida a una determinada clase, por el principio de la obligación universal de garantizar a todo ser humano la protección contra las consecuencias dañosas que derivan de eventos de la vida individual, familiar o colectiva.

En otras palabras, la seguridad social fija la responsabilidad colectiva para la conservación del capital humano mediante prestaciones preventivas y reparadoras y la garantía de un mínimo vital en los casos de cesación o reducción de las rentas percibidas –así como para la reconstrucción del propio capital humano- a través de subsidios familiares, prestaciones por matrimonio y por maternidad –venciendo la dificultad de la procreación”[44] (subrayado fuera del original).

Pero el profesor Venturi también señala que no puede pretenderse la seguridad absoluta del individuo a través de ningún esfuerzo ni individual ni colectivo. En este sentido, la palabra “want”, contenida en la fórmula de Roosevelt del “freedom from want” no se emplea como fenómeno psicológico, subjetivo y limitado, definible como el deseo de disponer de un medio considerado apto para alcanzar un fin cualquiera requerido, sino en el sentido de “falta de medios para una sana subsistencia”[45]. Por ello, la traducción que más se aproxima al significado real de la locución usada por Roosevelt, y que está a la base de los sistemas modernos de seguridad social, es “liberación de la indigencia” o “liberación de la miseria”.

3.3.1 La Organización Internacional del Trabajo (OIT) creada en 1919 –de la cual Colombia

forma parte desde su establecimiento- como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, declaró que la justicia social constituía un pilar indispensable en la consagración de un orden global de paz duradera. Por ello, el preámbulo de su carta constitutiva advierte la amenaza que representan las condiciones de trabajo marcadas por la miseria, e incluye la pensión de vejez dentro de las reivindicaciones más urgentes a favor de los trabajadores:

“Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas” (subrayado fuera del original)[46].

Compromiso que fue reiterado durante la Conferencia General congregada en Filadelfia el día 10 de mayo de 1944, en donde se estipuló que uno de los fines esenciales de la organización y sus miembros era lograr programas que permitiesen “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten”[47].

3.3.2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, instrumento fundante del sistema global de protección de los derechos, también hace referencia a la seguridad social en tres de sus artículos y da muestra de su importancia y universalidad:

Artículo 22.

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a

obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23.

(...)

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (subrayado fuera del original).

Bajo este marco común, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció (art. 9º) expresamente que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; claro está, de manera progresiva y “hasta el máximo de sus recursos de que disponga” cada Nación (art. 2º).

3.3.3 En el año de 1948 se realizó una decisiva conferencia regional que tuvo como sede a la ciudad de Bogotá. En ella los líderes del continente americano se reunieron y aprobaron la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. El primer documento reafirma la convicción de los Estados firmantes en “[l]a justicia y la seguridad sociales [como] bases de una paz duradera”. La Declaración, por su parte, consagra en el artículo XVI el derecho de toda persona “a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la

imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”. De la misma manera, el artículo XXXV recuerda que todo ciudadano “tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”.

Posteriormente, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en El Salvador en el año de 1988[48], fue más específico al definir el alcance del derecho a la seguridad social así:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”. (subrayado fuera del original).

3.3.4 Como se señaló en un principio, el sistema de seguridad social se encuentra en constante desarrollo; encontrar un modelo que atienda íntegramente los riesgos y contingencias que experimentan los seres humanos, se trata de una continua búsqueda que también debe responder a las condiciones específicas, sociales y económicas de una sociedad. Es más, la crisis del Estado de bienestar que en la década de los setenta cuestionó el impacto fiscal de los amplios beneficios reconocidos a los ciudadanos, formuló importantes reparos a los sistemas de aseguramiento social. Pese a ello, es posible extraer a partir de lo expuesto en este capítulo las siguientes cuatro ideas principales que recogen aspectos centrales del concepto de la seguridad social, con independencia del momento histórico:

(i) El ser humano, en todo tiempo y lugar, enfrenta contingencias y riesgos que comprometen su vida. Por ello, se ha visto abocado a diseñar mecanismos para hacer frente a tales necesidades, comenzando con la asistencia, pasando por la previsión y por último, el seguro social, sistema específicamente diseñado para cubrir las incidencias que afectan la capacidad de generar los recursos suficientes para una subsistencia adecuada.

(ii) La seguridad social, entendida como componente de la justicia social, guarda un estrecho vínculo con la realización de la paz duradera tanto en el escenario local como global. La necesidad de proyectar un sistema oficial de protección se corresponde históricamente con la puesta en marcha de la industrialización y las condiciones de miseria e inconformidad en que se sumergió la naciente clase trabajadora urbana.

(iii) En contraposición a los postulados individualistas que dejaban en manos de cada persona la superación de las necesidades, los sistemas modernos de seguridad social promovieron la solidaridad como principio rector de cooperación entre el Estado, la comunidad y el individuo. Bajo este marco, el seguro social se entendió como una responsabilidad oficial y obligatoria, y se hizo jurídicamente exigible el deber de colaboración entre los ciudadanos.

4. El desarrollo normativo de la seguridad social en pensiones en Colombia.

Tan agitado y difuso como fue el establecimiento de la seguridad social en el contexto global, también lo fue el desarrollo de la idea en nuestro país. El Ministro Adán Arriaga Andrade, considerado el padre del derecho laboral en Colombia, sostuvo lo siguiente al presentar el proyecto ley que tiempo después dio vida al Instituto Colombiano de Seguros Sociales: “la organización de los seguros sociales no es labor de un día, sino lenta y compleja y progresiva”[49].

4.1 El libertador Simón Bolívar parece haber sido el primero en introducir en la escena política y estatal –aunque sin mayores precisiones– el concepto de seguridad social[50]. En su conocido discurso de Angostura, pronunciado el 15 de febrero de 1819, refirió sobre la mejor forma de gobierno posible:

“El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.

Casi un siglo después (1904), el General Rafael Uribe Uribe introdujo al país la conceptualización y los planteamientos específicos de la seguridad social. Por medio de un vehemente discurso[51], conocido después como “Socialismo de Estado”[52], llamó la atención sobre las míseras condiciones de la clase trabajadora nacional y del “contraste desolador entre la penuria de los que nada tienen y la abundancia de los que tienen mucho;

entre los que sufren demasiado y los que demasiado gozan”.

Por ello recalcó la necesidad de intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales. Específicamente hizo alusión a la importancia de articular un sistema nacional de aseguramiento en el que los riesgos de accidentes, muerte y vejez pudiesen ser cubiertos para el conjunto de los trabajadores, y no solo para los militares y servidores públicos:

“Es necesario que el Estado intervenga para reglamentar el régimen de trabajo. Ya se han obtenido leyes en casi toda Europa, para limitar a ocho las horas en que el obrero debe permanecer en la fábrica o en el taller, así como la prohibición del trabajo de los niños, la limitación del de las mujeres, el de las industrias peligrosas o insalubres, la inspección de las calderas de vapor y transmisiones de máquinas, el cubo de aire respirado en los talleres, el reposo dominical obligatorio para los adolescentes y para las mujeres, la restricción del trabajo nocturno para los obreros menores de edad y otras reformas importantes.”

(...)

“Conozco la explotación de los cafetales, trapiches o ingenios y demás empresas de tierras templadas o calientes, y os digo que sería oportuna y humana la ley que mandara a los patronos [[53]] suministrar asistencia médica a sus peones y mejorar los alojamientos (...) Se otorga pensión a las viudas de los militares que mueren o se invalidan en nuestras guerras civiles, muchas veces por obra de una bala perdida, o de alguna enfermedad buscada; se jubila a los empleados que han tenido paciencia de vivir veinticinco años en la dulce ociosidad de las oficinas; pero a los nobles soldados y héroes del trabajo, cuya campaña no es de pocos meses sino de toda una vida, y no sedentaria sino llena de fatigas, a esos servidores, cuando caen víctimas de los accidentes naturales o enfermedades consiguientes, se les abandona a ellos y sus familias, y cuando la vejez los inutiliza, ¡felices si se les reserva una cama de hospital o se les da permiso para pedir limosna! ¿No pensáis que en el fondo de esto hay una anomalía y que sería bueno comenzar a preocuparnos del modo de remediarla?”.

No obstante, el proyecto de un sistema nacional de aseguramiento social se diluyó en el tiempo por varias décadas. La doctrina coincide en identificar este momento como un “periodo de dispersión”, en tanto que desde la primera década del siglo XX y hasta 1945 se dictaron algunas normas aisladas y de alcance limitado para cubrir sectores de la población

muy reducidos y en relación con unas pocas contingencias. Algunos de los cuerpos normativos proferidos en este tiempo son:

Cubrimiento de la enfermedad no profesional

- Ley 26 de 1921: Trabajadores industriales del Chocó.
- Ley 4ª de 1921: Trabajadores del petróleo.
- Ley 1ª de 1937: Trabajadores agrícolas de la zona bananera.
- Ley 49 de 1943: Trabajadores ferroviarios
- Ley 61 de 1939: Trabajadores de la Construcción
- Ley 10 de 1934: Empleados particulares

Cubrimiento de accidentes y enfermedades profesionales

- Ley 57 de 1915.
- Ley 133 de 1931.

Muerte

- Ley 44 de 1929.

Maternidad

- Ley 53 de 1938.

Invalidez y vejez

- Ley 1ª de 1932: Pensión de jubilación para ferroviarios. Ver también Ley 206 de 1938, Ley 63 de 1940 y Ley 49 de 1943.
- Ley 42 de 1933 Pensiones de los profesores.

Con la reforma introducida en 1936 a la Constitución de la época, se previó como norma

fundamental, al menos en el plano teórico, la asistencia como deber del Estado:

“La asistencia pública es función social del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que debe darla directamente al Estado.”

Nótese como el sistema constitucional solo contemplaba la seguridad social en su estadio inicial, a saber, el de la asistencia y la lucha contra la indigencia. Por ello, ha explicado esta corporación, la seguridad social no era asumida como derecho, “sino como un deber de asistencia por parte del Estado; como tal, se encontraba exento de planificación y de coordinación entre las entidades que velaban por su realización, minimizándose la preservación y mantenimiento de su más grande y valioso recurso: El hombre”[54]”[55].

4.2. Luego comenzó la fase de organización del sistema (1945-1967), en la que se constituye propiamente en el país un régimen de seguros sociales[56]. El primer estatuto que estableció de manera formal y uniforme la legislación del trabajo fue el Decreto ley 2350 de 1944, expedido bajo la administración de Alfonso López Pumarejo en un contexto de crisis política y de manera transitoria, como respuesta del Gobierno a las demandas históricas de la clase trabajadora[57]. Dicho cuerpo normativo fue luego refrendado por el Congreso Nacional mediante la Ley 6ª de 1945.

Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

a) <Inciso 1o. modificado por el artículo 4 de la Ley 64 de 1946. El nuevo texto es el siguiente:> Las indemnizaciones por accidente de trabajo en proporción al daño sufrido (...)

b) Las indemnizaciones por enfermedad profesional (...)

c) El auxilio por enfermedad no profesional, hasta por ciento ochenta (180) días de incapacidad comprobada para trabajar, así: las dos terceras partes del salario, durante los

primeros noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante.

d) Los gastos indispensables del entierro del trabajador, hasta por el equivalente del salario del último mes anterior a la enfermedad.

e) Quince días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio que se preste a partir del diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato

Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 14, a las empresas con capital superior a \$1.000.000 les fijó la obligación adicional de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran una edad y tiempo de trabajo mínimo:

“La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000[59]) estará también obligada:

(...)

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

Posteriormente, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales y marcó el comienzo del nuevo régimen oficial de la seguridad social. De hecho, la exposición de motivos presentada al Congreso por el Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social, Adán Arriaga Andrade[60], el 31 de julio de 1945, es considerada “el documento más importante de la política social colombiana en el siglo XX”[61]. El Ministro explicó las ventajas del

nuevo sistema sobre el de prestaciones “patronales” que se venía adoptando en el país, así:

“a) En el régimen de prestaciones patronales, la efectividad de los derechos del trabajador está subordinada a la solvencia del empresario; en el de seguros sociales, esos derechos están siempre garantizados, aunque quiebre o desaparezca el patrono accidental.

b) En el régimen de prestaciones patronales, resulta forzoso disminuir las cargas a los pequeños capitales, de donde la gran masa de asalariados queda desamparada al pago que se establecen minorías privilegiadas entre los mismos trabajadores. En el de seguros sociales, todos los empresarios cotizan en proporción a los salarios que pagan, y todos los trabajadores se benefician por igual.

c) En el régimen de prestaciones patronales, aun las grandes empresas soportan una carga excesiva, al convertirse en aseguradores de sus trabajadores contra todos los riesgos profesionales, sin la compensación que las compañías de seguros encuentran en la especialización de los riesgos, en la “ley de los grandes números”, y en el cálculo de probabilidades. En el de seguros sociales, la carga financiera es infinitamente menor, pues al distribuirse los riesgos entre toda la población activa, se reduce la incidencia individual de cada siniestro y, además, el Estado contribuye a la debida financiación.”

En adición a lo anterior, sostuvo que el modelo de prestaciones laborales dispuesto en la Ley 6ª de 1945 había fungido como una medida de urgencia para apaciguar el inmenso malestar social que veía “en el sindicalismo revolucionario, en las huelgas de solidaridad, en el sabotaje o en la acción directa sus únicas esperanzas”. El Gobierno optó, entonces, “por eliminar primero muchos factores de choque, por abrir cauces jurídicos a las reivindicaciones proletarias, por propiciar el acercamiento obrero-patronal y consolidar un clima de tranquilidad social, devolviendo a los trabajadores la confianza en la eficacia de la ley”.

Igualmente se reiteró que el sistema previo a la Ley 90 de 1946 tenía una vocación transitoria, mientras comenzaba el funcionamiento del recién creado Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Claro está que el cambio no sería sencillo por cuanto el nuevo proyecto de seguridad social rompía de plano con el modelo anterior al punto de “trastocar nuestra organización intelectual”[62]. En esta dirección se pronunció el senador José

Jaramillo Giraldo durante su informe a la Comisión Quinta del Congreso:

“Nos hemos acostumbrado a ver en las instituciones de caridad, en los poderosos organismos de beneficencia, en los establecimientos asistenciales, la única solución posible para atenuar los sufrimientos de los desvalidos, curar a los enfermos menesterosos, o asilar a los huérfanos, inválidos y ancianos, llevar la piadosa limosna a las viudas y aislar a los dementes, tísicos y leprosos. Un sistema como el de la seguridad social, que tiende a convertir lo que se entrega como dádiva graciosa, en un derecho pleno y perfecto conquistado por medio de cotizaciones durante la vida activa”[63]

Siguiendo el modelo alemán de aseguramiento, el Instituto empezaría por cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidentes profesionales y muerte de todos aquellos que laboraran para otro, “en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico”[64]. Y de la mano con la creación de una entidad central, fue definido un sistema tripartito de contribuciones. Así el empleador, el trabajador y el Estado quedaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados[65].

En materia de vejez, el estatuto dispuso inicialmente que el asegurado, es decir el trabajador, tuviera derecho a una pensión mensual vitalicia no inferior a \$15 pesos cuando reuniese los requisitos de edad y cotizaciones que el instituto previese[66]. Aunque el capítulo no define tales exigencias, las disposiciones finales de la Ley 90 introducen un régimen de transición que advierte la prolongación de los sistemas vigentes a la fecha hasta que entrara en funcionamiento el Instituto Colombiano de Seguros Sociales:

“Artículo 72. 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”.

De igual manera, se anunció un cambio en la denominación de las prestaciones para diferenciar aquella que era responsabilidad exclusiva de los empleadores particulares (pensión de jubilación), de la nueva obligación a cargo del Instituto de Seguros Sociales[67]

(pensión de vejez). Esta transformación exigía además la entrega de las cuotas proporcionales correspondientes para que la entidad se hiciese cargo de los servicios sociales:

“Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley”.

Pocos años después se profirió el Código Sustantivo del Trabajo[68], proyectado también por el Ministro Adán Arriaga, el cual consagró como una prestación patronal especial la pensión de jubilación y fijó sus requisitos así:

“Artículo 260. Derecho a pensión.

1. 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. 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”.

Asimismo, el Código reitera como regla general la transitoriedad de las obligaciones patronales en materia de pensiones hasta la entrada en funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales:

“Artículo 259. Regla general.

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”.

Otro cuerpo normativo a destacar en este periodo es la Ley 171 de 1961, el cual responde a la necesidad de evitar que los trabajadores del sector privado fuesen despedidos antes de cumplir los requisitos de la pensión “patronal” de jubilación que se causaba, como se explicó anteriormente, solo a partir de 20 años de servicio al mismo empleador. De este modo, la norma dispuso que todo empleador que desvinculara injustamente a un trabajador con más de 10 años a su servicio, quedaba obligado a reconocerle una pensión vitalicia proporcional a aquella que le habría reconocido si hubiese cumplido los años de servicio. A esta obligación se le conoce como pensión-sanción.

4.3. Para antes del 1º de enero de 1967 el Instituto solo había comenzado a funcionar para los riesgos de enfermedad, maternidad y de accidentes profesionales. Es hasta la década de los sesentas que el sistema de seguridad social comienza decididamente un periodo de expansión (1967-1977)[69]. Si bien el Instituto Colombiano de Seguros Sociales fue inaugurado por el Presidente Mariano Ospina Pérez el 19 de junio de 1948, su implementación a lo largo del país llevó décadas.

Las condiciones sociales, políticas y económicas del país obligaron a priorizar la prestación de los servicios: la salud se presentaba como un imperativo, por lo cual fue necesario poner a funcionar, en primer lugar, el seguro de enfermedad- maternidad, posponiendo de esta forma la aplicación de los seguros a largo término (invalidez, vejez y muerte)[71].

En forma simultánea con la organización básica del sistema se venían adelantando estudios de diagnóstico en diferentes zonas del país, con el fin de posibilitar la creación de Cajas Seccionales para la extensión a toda Colombia del régimen del seguro obligatorio. Fue así como en 1948 se creó en Medellín la primera Oficina Seccional del I.S.S. La respectiva Caja Seccional fue establecida poco después (20 de febrero), en virtud del Decreto 521 de 1950. A ella le siguieron, las oficinas seccionales de Quindío, Norte del Valle, Valle del Cauca, Zona Bananera y del Caribe.

Para diciembre de 1969, además de las Cajas Seccionales de Cali, Pereira y Medellín, funcionaban las Oficinas Seccionales de Riohacha, Barranquilla, Cartagena, Valledupar, Cúcuta, Bucaramanga, Sogamoso, Villavicencio, Quibdó, Manizales, Ibagué, Neiva Popayán y Pasto.

Si en los años cuarenta y cincuenta la ampliación del sistema “se llevó a cabo a un nivel exclusivamente horizontal (extensión de la cobertura geográfica), los años sesentas se caracterizan, además, por una extensión considerable a nivel vertical o de la cobertura de los riesgos amparados por el Seguro Social”[72]. De este modo, el Decreto 3170 de diciembre 21 de 1964 reglamentó el Seguro Social Obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, expedido por el Consejo Directivo del Instituto mediante el Acuerdo 155 de 1963.

El Decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966 representa un momento fundamental. Con él se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte; de este modo quedan cubiertos la totalidad de contingencias previstas originalmente en la Ley 90 de 1946, o sea el estatuto orgánico de esta entidad. En su artículo 11 consagra los requisitos para la obtención de la pensión de vejez:

“Artículo 11. Tendrán derecho a la pensión de vejez, salvo lo dispuesto en el artículo 57 del presente reglamento, los asegurados que reúnan los siguientes requisitos:

- a. Tener 60 años, o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer;
- b. Haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

Aunque la disposición es más estricta en relación con la edad mínima de aseguramiento que la dispuesta por el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 3041 también contempla un régimen de transición dependiendo del número de años laborado por un empleado para una misma empresa, así:

“Artículo 59. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte hubiesen cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) o superior, cualquiera que fuere su edad, no estarán obligados a asegurarse contra el riesgo de vejez, y en consecuencia al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del trabajo y retirarse del servicio podrán reclamar con las modalidades y condiciones que establecen las leyes respectivas, la pensión de jubilación al patrono responsable.

(...)

Artículo 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.

(...)

Artículo 61. Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa

tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez, en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el instituto”.

En síntesis, la entrada en funcionamiento del seguro social se efectuó de manera paulatina y progresiva, tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación. Así, y condicionado por el número de años laborados por un trabajador a una misma empresa, el régimen de transición contemplaba que la pensión de vejez podía quedar a cargo exclusivo del empleador siguiendo las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, o ser compartida con el Instituto de Seguros Sociales.

4.4. En los años posteriores el sistema nacional del seguro social obligatorio, al tiempo que aumentaba su cobertura en diferentes zonas del país, también enfrentó profundas crisis financieras que comprometieron su eficacia:

“En 1985, se presentaron problemas financieros con los seguros del IVM [invalidez, vejez y muerte], que pusieron en riesgo a acerca de 120.000 trabajadores del sector privado en cuanto al pago de sus mesadas pensionales y cuyo déficit se estimó en su momento \$4.470 millones de pesos. Para este mismo año, se registraron costos adicionales en las finanzas del I.S.S., por su vinculación a través de la atención médica en la tragedia de Armero y la posterior atención de la población afectada”[73].

También se promovieron normas que intentaban disminuir los exigentes requisitos para acceder a la pensión de vejez. Prueba de ello es la Ley 71 de 1988, que buscó fortalecer la situación de los pensionados, para quienes dispuso reglas más benéficas como la prohibición de mesadas inferiores al salario mínimo legal mensual (art. 2º). Además, creó la “pensión de jubilación por aportes”, que permitía por primera vez en el país la unificación de los tiempos pensionales en los sectores público y privado.

Pero fue solo bajo el nuevo marco constitucional dispuesto en la Carta Política de 1991 que se configuró una reforma estructural del sistema pensional colombiano. Su preámbulo consagra el trabajo como uno de los objetivos primordiales del pueblo colombiano y al

definir la estructura fundacional del Estado Social de Derecho en su artículo 1º presenta al trabajo y a la solidaridad como dos pilares del sistema jurídico, político y social nacional:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” (subrayado fuera del original).

Los asambleístas superaron con ello definitivamente el modelo asistencialista al consagrar en forma explícita la seguridad social como un derecho fundamental e irrenunciable; y como un servicio público obligatorio que “se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad” (art. 48).

La Corte por su parte ha destacado la trascendencia constitucional de la seguridad social, indicando que ésta “se comporta como patrón y prototipo específico a través del cual el Estado cumple con sus fines esenciales, y por ende se manifiesta como un instrumento de justicia distributiva, así como agente emancipador social, de garantía general y particular para hacer efectivos derechos fundamentales de los asociados”[74]. Bajo esta perspectiva, el pago pensional no se asume como una dádiva, sino como el justo “reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”[75].

Es bajo este marco histórico y jurídico que se produce la Ley 100 de 1993, con el objetivo de superar la dispersión normativa, la desarticulación institucional y la ineficacia de los proyectos de aseguramiento, “que se traducían en inequidades y desventajas para los trabajadores”[76]. Se formula en consecuencia un nuevo sistema nacional para unificar la prestación efectiva de este servicio a lo largo del territorio nacional.

4.5 El desarrollo del sistema de seguridad social en Colombia, al igual que lo ocurrido en el nivel comparado, ha consistido en un proceso complejo y progresivo de implementación. A partir de los hitos legales expuestos brevemente en este acápite, es posible extraer las siguientes ideas principales:

(i) Con el objetivo de dar respuesta a las reivindicaciones de la clase obrera, surgió en el Gobierno nacional, desde comienzos del siglo XX, el propósito de diseñar un modelo oficial y

obligatorio de cubrimiento de las contingencias a las que estaban expuestos los trabajadores.

(ii) La Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en reemplazo del sistema de prestaciones exclusivamente patronales vigente para esa época.

(iii) Aunque la nueva entidad nacional fue creada desde el año 1946, las disposiciones legales posteriores reiteraron sistemáticamente que las cotizaciones al sistema solo se harían exigibles con la entrada en funcionamiento del Instituto; mientras tanto seguirían vigentes las obligaciones patronales especiales.

(iv) La afiliación obligatoria de los trabajadores para los riesgos de vejez, invalidez y muerte solo comenzó a hacerse efectiva en 1967 en la ciudad de Bogotá. De ahí en adelante, el sistema público se extendió por otras regiones del país progresivamente.

5. La postura de la Corte Suprema de Justicia.

5.1. Existe un pronunciamiento de la Corte de Suprema de Justicia del año de 1982[77] que da cuenta de los avances promovidos a través del seguro social obligatorio y de su valor como instrumento de reivindicación obrera y de estabilidad económica:

“Tales antecedentes, y la filosofía misma del sistema de Seguridad Social, demuestran diáfananamente que lo que se pretendía con él, era el beneficio general e indiscriminado de los trabajadores, especialmente en cuanto se ampliaba sistemáticamente la cobertura de las prestaciones para abarcar un extenso grupo de los mismos, que hasta ese momento carecía de tales prestaciones. Las normas correspondientes significaron a la postre un mejoramiento integral de los trabajadores, y una tecnificación indudable, de lo cual hasta ese momento, carecía la legislación laboral del país”.

En aquella ocasión la Sala Plena, actuando como juez de constitucionalidad, se refirió también al traslado paulatino de las obligaciones patronales al Instituto de Seguros Sociales. Explicó que esta suerte de condición resolutoria era una característica definitoria y transversal al sistema creado:

“Así pues, desde el propio comienzo de esta nueva etapa de la seguridad social en el país quedó también suficientemente claro, además de la citada aspiración técnica, que los

riesgos originarios de las prestaciones sociales estarían a cargo del patrono respectivo, solamente mientras se organizaba el Seguro Social obligatorio. Fue así como el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, en cláusula repetida luego por los artículos 193-2 y 259-2 del Código Sustantivo del Trabajo, dispuso que: “Mientras se organiza el Seguro Social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con los trabajadores, ya sean empleados u obreros”.

(...)

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

5.2. Ya en el marco de la nueva Constitución Política, la Sala de Casación Laboral analizó en 1998[78] los distintos escenarios que se produjeron como resultado de la implementación gradual del Instituto de Seguros Sociales. El derecho a la pensión de jubilación dividió, entonces, a los trabajadores en tres grupos: 1- aquellos que no habían completado los diez años de servicios continuos o discontinuos para un mismo empleador, y los que llevaban cualquier tiempo pero prestaban servicios a empresas cuyo capital no alcanzaba a \$800.000; 2- los trabajadores ya habían completado diez años, pero no habían llegado a los veinte al servicio de un mismo empleador con capital superior a \$800.000; 3- los empleados que ya habían cumplido los 20 años de trabajo, continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador con capital superior a \$800.000.

En atención a dicha clasificación, la Sala precisó distintas consecuencias jurídicas. Para el primer grupo, señaló que tales trabajadores quedaban excluidos del derecho a la pensión consagrado en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, aunque sujetos a las normas que regulan el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Por el contrario, los trabajadores enmarcados en la tercera categoría continuaron con su derecho en los términos del mencionado artículo 260, a cargo del empleador, toda vez que el Instituto no asumió, respecto de éstos, el riesgo de vejez.

El segundo grupo, por su parte, recibió un tratamiento mixto. Conservó el derecho a la pensión de jubilación tal y como estaba consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo,

pero el empleador podía continuar las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para que, cuando se cumpliesen los requisitos del caso, la entidad oficial comenzara a pagar la pensión de vejez correspondiente y el empleador solo quedase obligado con la parte que no cubriera el I.S.S.; opción que se conoce como pensión compartida.

5.3. Posteriormente la Corte Suprema, en sentencia del 25 de octubre de 2005[79], produjo un trascendental precedente al resolver la demanda del ciudadano Domingo Ortiz en contra del Banco de Colombia S.A. El actor relata que laboró para la entidad financiera entre el 18 de noviembre de 1963 y el 19 de noviembre de 1988, esto es, durante 25 años continuos e ininterrumpidos; que en su lugar de trabajo, el Instituto de Seguros Sociales solo inició la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir del 3 de agosto de 1970, cuando llevaba 7 años en la entidad. Igualmente, que fue retirado del sistema el 16 de octubre de 1974 por cuanto fue trasladado a la sucursal del Municipio de Melgar, Tolima.

El Banco, luego de ser condenado por los jueces de instancia al pago de la pensión de jubilación, invocó el recurso extraordinario de casación al considerar que la referida prestación no estaba a su cargo. Adujo que cumplió con la obligación de afiliar al demandante al Instituto de los Seguros Sociales, una vez hubo cobertura en el lugar de prestación de servicios; época para la cual el trabajador contaba con menos de 10 años de servicios y que por consiguiente, en sentir del censor, el riesgo de vejez había sido subrogado totalmente por el I.S.S. conforme a lo dispuesto en el artículo 259 del Código de Trabajo.

Si bien el supuesto fáctico parecía enmarcarse en los eventos de subrogación total por parte del I.S.S., de acuerdo a la clasificación presentada en la anterior sentencia, la Corte advirtió que se trataba de un “caso especialísimo”, en razón a que de los 25 años de servicios continuos e ininterrumpidos que el demandante le prestó al banco demandado, la entidad cotizó menos de 10 años. Lo anterior debido a que el I.S.S. llamó a inscripción de los trabajadores en la ciudad del Espinal (Tolima) sólo a partir del 2 de febrero de 1970, y en Melgar, por su parte, no había cobertura para las fechas laboradas.

Aunque la argumentación del censor parecía razonable, dado el régimen de transición previsto en el Decreto 3041 de 1966, la Corte sostuvo que dicha postura conducía a un

resultado injusto en contra del trabajador, a quien afectaba desproporcionadamente por circunstancias ajenas al mismo:

“En los términos anotados, no resulta lógico, razonado, ni justo entender que un trabajador con 25 años de servicios a un mismo patrono, no tenga derecho a su pensión, por el hecho de no encuadrar su situación en alguna de las alternativas que le permitan que la demandada o la entidad de seguridad social asuman 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 en el último lugar donde laboró, se entraría a exonerar de responsabilidad a su empleador; y a su turno, por no tener las semanas de cotización suficientes, el I.S.S. no estaría en la obligación de reconocer esa carga prestacional; dejando al empleado en una posición de inequidad, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias frente a las que no tiene culpa alguna” (subrayado fuera del original).

La sentencia también reprocha que fue con ocasión del ejercicio del ius variandi que se produjo la pérdida del beneficio de la seguridad social, al haberse trasladado al empleado a la ciudad de Melgar, municipio sin cobertura del I.S.S. para esa época. Por lo expuesto, la decisión de instancia no fue casada por el alto tribunal.

5.4. Tal posición fue reiterada en providencia del 13 de marzo de 2012[80], en la que se estudió la situación de Álvaro Edgar Ángel Cano, quien prestó sus servicios personales al BBVA S.A. del 20 de septiembre de 1963 al 6 de agosto de 1984 (por más de 21 años). No obstante, el I.S.S. le negó la pensión de vejez con el argumento de que no contaba con el número mínimo de semanas durante su vida laboral, ya que el banco apenas le cotizó entre el 1º de enero de 1967 y el 1º de marzo de 1979. En su defensa, la entidad financiera explicó que realizó los aportes al I.S.S. que correspondían desde cuando inició la cobertura y en los sitios donde operaba, pero no antes por no estar obligada a ello.

Al desatar el recurso extraordinario de casación, la Sala argumentó que si bien no es dable calificar el proceder del empleador como jurídicamente ‘omisivo’, habida cuenta de que la falta de cotización por el actor al I.S.S. obedecía al hecho de que en el área donde se cumplía el trabajo no había cobertura por parte de la entidad de seguridad social; tampoco podía desconocerse que dicha situación fue propiciada por el ejercicio de una facultad del

empleador, como lo es el ius variandi y, en este sentido, los principios superiores de la seguridad social justificarían la responsabilidad pensional en cabeza de la empresa:

“En tal sentido fue que la Corte en la sentencia de 28 de septiembre de 2005 tomó camino por la aplicación de cometidos superiores, teniendo en cuenta, se repite, que la gradualidad regional en la cobertura por parte del I.S.S., y el mismo ejercicio del ius variandi laboral, en manera alguna tocan con la individual libertad y voluntad del trabajador, pero, como en este caso, si ese ejercicio lo afecta en un derecho que está respaldado y protegido por principios propios y de mayor envergadura como lo son los de la seguridad social, hay en ello razón suficiente para que el empleador deba asumir la prestación hasta que el Instituto de Seguros Sociales otorgue la de vejez cuando se cumplan los requisitos de sus pertinentes acuerdos en atención a la particular situación del actor” (subrayado fuera del original).

5.5. Por último, es posible advertir un giro jurisprudencial en un reciente caso de 2012[81] en el que el accionante asegura haber prestado sus servicios al Banco de Colombia entre el 16 de septiembre de 1967 y el 7 de febrero de 1997, por lo que solicitó el reconocimiento de las cotizaciones pensionales. En esta ocasión la Sala de Casación Laboral descartó tajantemente que los empleadores tuvieran alguna responsabilidad pensional de cotización o previsión en los lugares donde el I.S.S. no hubiese entrado en funcionamiento:

“Ahora bien, en lo que respecta a la segunda acusación, es equivocada la inferencia del Tribunal en el sentido que no era exigente de la obligación de realizar los aportes por parte del empleador, el hecho de que en lugar donde se prestó el servicio no hubiera cobertura del I.S.S., pues, sencillamente, si esta entidad aún no había asumido el riesgo de vejez, no había obligación del empleador de afiliar a su trabajador y, por ende, de realizar las cotizaciones que echó de menos el sentenciador.

Si no había obligación del demandado de afiliar a su trabajador y, por ende, de efectuar las cotizaciones correspondientes para el riesgo de vejez, no puede hablarse de incumplimiento imputable al deudor, elemento necesario para que surja la obligación de indemnizar, al tenor del artículo 1613 del C. C., por lo que se cae por su base la decisión recurrida” (subrayado fuera del original).

5.6. Luego de haber presentado esta sucinta recopilación jurisprudencial, es posible

extraer algunas conclusiones del análisis efectuado por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia:

(i) La configuración del sistema de seguro obligatorio en el año de 1946 marcó un hito en la historia colombiana al promover un régimen de bienestar integral y universal para la clase trabajadora.

(ii) Una característica definitoria del sistema nacional de seguridad social fue su implementación escalonada. Aspecto que fue consagrado de forma reiterada en la legislación e identificado por la Corte Suprema como un atributo constitutivo del I.S.S.

(iii) En el caso específico de la pensión de vejez, la Corte identificó tres escenarios posibles para el trabajador al momento de entrada en funcionamiento del Instituto de Seguros Sociales. Dependiendo del (a) número de años que había servido un empleado para una misma empresa y del (b) capital total de la compañía, la pensión a causarse podría corresponder exclusivamente al empleador, al Instituto o ser compartida por ambos.

(iv) No obstante lo anterior, también se desarrolló una línea jurisprudencial para aquellos casos “especialísimos” en los que de seguirse estrictamente el esquema de transición los trabajadores quedaban desprovistos de una pensión de vejez. Con el fin de evitar un resultado injusto y desproporcionado en detrimento del trabajador, originado por una situación ajena al mismo, la Corte estableció que los empleadores sí estaban obligados a realizar las previsiones actuariales, con independencia de que el Instituto de Seguros Sociales hubiera entrado en funcionamiento en una determinada región.

(v) Posteriormente se profirió una sentencia que negó cualquier tipo de previsión u obligación de cotización en cabeza del empleador en los lugares donde el I.S.S. no tuviera cobertura para el momento en que se produjo la relación laboral.

6. La evolución jurisprudencial sobre la materia al interior de la Corte Constitucional.

6.1. La sentencia fundante en este particular asunto es la T-784 de 2010 en la que se estudió la situación del señor Nelson Arias Pabón, 66 años de edad, quien sostuvo una relación laboral con la empresa Texas Petroleum Company y/o Chevron Texaco desde el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992. Pese a ello el empleador nunca realizó las

cotizaciones al sistema de seguridad social, alegando que para el momento de los hechos no existía obligación legal en tal sentido.

La Sala Octava de Revisión sostuvo que a partir de la Ley 90 de 1946, mediante la cual se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se consagró expresamente un sistema de subrogación de riesgos de origen legal que estableció una implementación gradual y progresiva del seguro social. Hizo énfasis en el artículo 72 y en los aportes que debía realizar el empleador al Instituto una vez este comenzara su actividad.

De este modo, la Sala concluyó que la obligación de “aprovisionamiento” de los empleadores particulares surgió desde el año de 1946, independientemente de la entrada en funcionamiento del Instituto Colombiano de Seguros Sociales:

“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 la ley 90 de 1946 se impone la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social” (subrayado fuera del original).

Al resolver el caso concreto, sostuvo que si bien para las empresas de petróleos el deber de afiliar sus empleados al Instituto nació con la expedición de la resolución 4250 de 1993, la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar los aportes al Instituto a medida que éste asumiera dicha obligación surgió con el artículo 72 de la ley 90 de 1946. Por ello, trazó una clara línea divisoria entre la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios, de un lado, y del otro, la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto[82].

Sostuvo igualmente que de aceptarse una posición contraria se vulneraría el derecho fundamental a la igualdad “pues el tiempo que se debería cotizar al Sistema de Seguridad en Pensiones por parte de estos trabajadores sería mayor al que una persona en similares

condiciones tendría que realizar”. Ello además sería desproporcionado al arrebatar “al trabajador ese instrumento de garantía con el que cuenta de todo individuo a vivir una vida digna en aquellas situaciones de ‘social distress’ como por ejemplo la vejez”.

Hubo un salvamento de voto a la decisión[83]. El Magistrado disidente aunque reconoció que “la tesis de la mayoría tiene la fortaleza de ofrecer una solución adecuada en términos de justicia material” discrepó respecto a los argumentos expuestos. Esgrimió principalmente que (i) con anterioridad a la Ley 100 de 1993 las empresas que tuvieran un capital superior a ochocientos mil pesos eran las únicas que estaban obligadas a reconocer una pensión de jubilación a sus trabajadores que cumplieran los presupuestos de edad y tiempo de servicio; y que (ii) la sentencia no respondió a los desafíos que se derivan del contenido normativo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y la jurisprudencia trazada en la sentencia C-506 de 2001, en el sentido que solo es posible acumular tiempo trabajado con anterioridad a la Ley 100, “siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

6.2. Posteriormente se expidió la sentencia T-712 de 2011 que abordó la situación del señor Julio César Ariza Pinilla quien para la época tenía 65 años de edad y disfrutaba de una pensión de aproximadamente \$700.000. El accionante solicitó le fuesen efectuados los aportes al sistema de seguridad social en pensión por el tiempo laborado para la Texas Petroleum Company (1972-1983), para Perenco Colombia Limited (1983-1984) y para Occidental de Colombia Inc. (1985-1988).

En su parte motiva el fallo aclara que el precedente contenido en la sentencia C-506 de 2001 no es aplicable a la situación del señor Ariza Pinilla porque él “no busca completar el tiempo de servicios exigido por la ley para pensionarse. Él ya reúne el tiempo de servicios establecido en la ley. El reclamo del accionante, según las pruebas obrantes en el expediente, no es entonces que se compute a su favor un determinado tiempo de servicios”. A continuación, cita in extenso la sentencia T-784 de 2010 para concluir que las empresas petroleras “sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los provisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigirá de acuerdo con la ley”.

6.3. La Sala de Revisión Sexta se apartó de esta línea en sentencia T-719 de 2011[84]. En

este expediente se analizó si Bavaria S.A. había conculcado los derechos fundamentales del señor Juan José Castro Romero, al negarle las cotizaciones al sistema de seguridad social, a pesar de haber laborado para dicha compañía de 1945 hasta 1951 y de 1953 hasta 1958, y para Cervecería Andina S. A. desde julio de 1962 hasta octubre de 1968.

El fallo señala que la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina “tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores, para el caso de Bogotá, solo se generó a partir de enero 1° de 1967”. La providencia enfatiza además que todo proceso de transición trae consigo sacrificios inevitables para ciertos sectores de la población, pero justificables en tanto que a largo plazo implicará mayores beneficios:

“Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición, como el establecido por la norma acusada, debido no sólo a la anterior desarticulación que existía en el régimen pensional en el país sino además, por cuanto la seguridad social es un derecho prestacional que debe ser satisfecho con recursos económicos e institucionales limitados. Es cierto que tales mecanismos de transición pueden implicar ciertas cargas importantes para determinadas personas, pero la Corte entiende que esas diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (CP art 13) pero resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los

campos.” (subrayado fuera del original)[85]

En relación con la pensión por vejez concluye que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 tan solo había una expectativa por parte del trabajador[86], pero ninguna obligación legal en cabeza del empleador, a menos que se cumpliera el tiempo de servicio y edad requerido por la legislación de la época[87]:

“En resumen, solo al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 surgió la “nueva 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 haya iniciado con posterioridad, para efectos de la respectiva transferencia”.

En este sentido 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”. No obstante lo anterior, reconoció el derecho pensional en el caso concreto por cuanto el actor cumplía con los requisitos fijados por el Acuerdo 049 de 1990, al acreditar más de 60 años de edad y 1.165,422 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

6.4. Esta Sala de Revisión (Sala 5ª), en sentencia T-890 de 2011, presentó en su momento otra manera de resolver este tipo de controversias en sede de tutela. Al estudiar un grupo de expedientes acumulados cuyo fundamento fáctico común era la existencia de relaciones laborales nacidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, durante las cuales no hubo afiliación al Instituto de Seguros Sociales, reiteró que la Ley 90 de 1946 no entró en vigencia de manera inmediata. Explicó también que los llamamientos a inscripción realizados por la entidad se efectuaron teniendo en cuenta dos criterios concurrentes: (i) un factor territorial y (ii) según la actividad económica de los empleadores obligados a realizar la inscripción.

Al resolver las situaciones concretas, amparó los derechos fundamentales de la señora María de Jesús Cuenca Sornoza por cuanto la misma había trabajado más de 26 años para un mismo empleador y tenía más de 50 años de edad antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, reunía todos los requisitos para tener derecho a la pensión

de jubilación a cargo de la empresa Chevron Petroleum Company.

Sin embargo, en relación con los otros tres casos declaró la improcedencia de la acción de tutela toda vez que no reunían el requisito de 20 años de servicio que exigen los artículos 59 del Decreto 3041 de 1966 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo para que la empresa reconociese y pagase directamente. En este sentido, se presentaba controversia jurídica y probatoria acerca de si los accionantes tenían o no derecho al reconocimiento y expedición del título o bono pensional, en virtud de lo dispuesto en el literal c), parágrafo 1°, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y habida cuenta que la relación laboral finalizó el 29 de diciembre de 1992. Por ello, la acción idónea era la ordinaria laboral, en cuyo trámite los actores podrían pedir y hacer practicar todas las pruebas conducentes al reconocimiento de sus derechos.

6.5. La Sala Quinta de Revisión reiteró su postura mediante la sentencia T-205 de 2012, en la que se estudió el reclamo de Roberto Antonio Better Flórez contra Chevron Petroleum Company quien afirmó haber trabajado para la compañía del 13 de noviembre de 1984 hasta el 10 de noviembre de 1993, desempeñando el cargo de mecánico, sin haber recibido cotización alguna al sistema de seguridad social. La Sala declaró improcedente la acción de amparo debido a la duda sobre el derecho reclamado:

“Por otra parte, el requisito consistente en la certeza sobre la titularidad del derecho reclamado tampoco se cumple en el caso bajo análisis por estas razones: (i) en este momento no hay elementos de juicio que brinden seguridad acerca de si la empresa accionada está o no obligada a expedir el título o bono pensional a favor del señor Roberto Antonio Better Flórez por el tiempo que trabajó, teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal c), parágrafo primero, del artículo 33, de la Ley 100 de 1993, la cual empezó a regir el 23 de diciembre de ese año; (ii) la relación laboral finalizó antes de esa fecha, el 23 de noviembre de 1993; (iii) no existe claridad sobre el lugar o lugares donde se desarrolló el contrato de trabajo, ya que a pesar de que la copia del registro de ingreso laboral del actor a la empresa demandada se refiere a Cocorná como el lugar de trabajo y que el oficio del 10 de noviembre de 1993, por el cual la sociedad comunicó al señor Roberto Antonio Better Flórez la terminación unilateral del contrato, fue enviado al Campamento Velásquez, no se sabe si realmente el trabajador desempeñó sus funciones en esos sitios y, de ser así, por cuánto tiempo; (iv) no está demostrado si el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- tenía

cobertura en esos lugares antes de terminarse la relación laboral para poder establecer si el empleador estuvo obligado a afiliarse al trabajador a dicho instituto; y (v) las pruebas pertinentes que reposan en la actuación indican que el accionante trabajó en la empresa demandada por el término de 9 años, lo cual indica que no sería titular de los derechos a que se refieren los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966”.

6.6. De lo expuesto se desprende que la Corte Constitucional ha presentado, a través de sus salas de revisión, distintas aproximaciones a la obligatoriedad de los aportes en pensión por parte de los empleadores particulares para los trabajadores que se desempeñaron con anterioridad a la entrada en funcionamiento del I.S.S.. Pese a esto, la Sala Quinta de Revisión considera que es posible encontrar un sustrato común a estas posturas con el objetivo de resolver armónicamente casos como el presente. El siguiente capítulo desarrolla tal fórmula.

7. Los empleadores particulares, cualquiera sea su capital, deben responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores, causadas por los servicios prestados desde 1946, independientemente de la entrada en funcionamiento del I.S.S. y en respuesta al deber legal de aprovisionamiento.

A partir de las consideraciones normativas, históricas y conceptuales expuestas en los capítulos anteriores, considera esta Sala de Revisión que pese a las dificultades que ocasionó la entrada en funcionamiento parcial y progresiva del Instituto de Seguros Sociales en nuestro país, todo empleador particular estaba en la obligación de aprovisionar el capital necesario para responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores, una vez el Instituto hiciera el llamado a afiliación.

7.1 Desde un plano estrictamente legal, se observa que una característica definitoria del sistema originario de aseguramiento privado era su vocación transitoria y limitada en el tiempo. En efecto, se estipuló que las prestaciones “patronales” especiales en materia de pensiones solo permanecerían vigentes, hasta que el Instituto de Seguros Sociales subrogara tales obligaciones. Este principio rector del sistema se encuentra consagrado, en términos similares, en la Ley 6ª de 1945 (art. 12), Ley 90 de 1946 (art. 72 y 76), Código Sustantivo del Trabajo[88] (art. 193-2 y 259-2) y Decreto 3041 de 1966 (art. 59, 60, 61 y 62).

Conforme a lo anterior, todo empleador de la época debía estar consciente de la entrada en funcionamiento del sistema central de seguros sociales como un hecho futuro pero cierto. Por ello, no resulta admisible que empleador alguno esgrima el desconocimiento del nuevo modelo de aseguramiento oficial que el legislador de la época había diseñado, ni de la inminencia de su entrada en marcha. Aun si transcurrieron más de dos décadas desde el momento en que se creó legalmente el Instituto de Seguros Sociales (1946) hasta que empezó a realizar los llamamientos a inscripción para la cobertura de los riesgos de vejez (1967), es innegable que el sistema (i) ya había comenzado a regir en materia de salud y riesgos profesionales, (ii) continuó siendo desarrollado por normas posteriores, y (iii) permaneció legalmente vigente y vinculante, en tanto de la ineficacia parcial (demora en la implementación) de una disposición no se sigue su derogatoria.

Ahora bien, para el momento en que efectivamente comenzó a funcionar el I.S.S. en relación con el riesgo de vejez en distintas regiones del país, la subrogación de obligaciones con el empleador privado podía ser total, parcial o ni siquiera existir, dependiendo del número de años servidos por un trabajador para una misma compañía. El Decreto 3041 de 1966 reguló así los tres escenarios principales que podían presentarse:

1- Si al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de vejez, el trabajador había cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital superior a \$800.000, no tenía que inscribirse en el I.S.S. En consecuencia, al llegar a la edad prevista por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, podía retirarse y solicitar, en su totalidad, la pensión de jubilación al “patrono” responsable (art. 59).

2- Si al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de vejez, el trabajador llevaba quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital superior a \$800.000, ingresaría al Seguro Social Obligatorio como afiliado en el riesgo de vejez. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo tendría derecho a exigir la jubilación a cargo del patrono pero el empleador podría seguir cotizando en el nuevo seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto, caso en el cual la entidad pública entraría a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del “patrono” únicamente el mayor valor, de haberlo (art. 60).

3- Si al iniciarse la obligación de asegurarse contra los riesgos de vejez, el trabajador

llevaba diez (10) años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, de capital superior a \$800.000, ingresaría al Seguro Social Obligatorio como afiliado en el riesgo de vejez, en las mismas condiciones de la norma anterior. En caso de ser despedido sin justa causa, tendría derecho, al cumplir la edad requerida, al pago de la pensión restringida contemplada en la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando hasta cumplir los requisitos mínimos exigidos por el Instituto (art. 61).

No obstante, en relación con (a) los trabajadores que no habían completado siquiera diez años de servicios continuos o discontinuos para un mismo empleador, o (b) aquellos que llevaban cualquier tiempo pero laboraban para empresas cuyo capital no alcanzaba \$800.000, parecería, prima facie, haber una omisión relativa por parte del Gobierno Nacional al reglamentar los distintos escenarios de transición dispuestos en el Decreto 3041 de 1966. En efecto, dicho cuerpo normativo no contiene cláusula específica alguna para estos dos supuestos de hecho.

Una interpretación sistemática del marco normativo dispuesto para el régimen de pensiones debe entonces conducirnos al estatuto orgánico del Instituto de Seguros Sociales (Ley 90 de 1946), como el lugar donde hay que rastrear la suerte de aquellos trabajadores que no hubieran completado 10 años de servicios para un mismo empleador, o que lo hubiesen hecho en una compañía con capital inferior a \$800.000.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia aclaró que dicha categoría de empleados si bien fueron excluidos del derecho a la pensión dispuesto por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, “quedó sujeto a las normas que regulan el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales”[89]. Ahora bien, la Ley 90 de 1946 consagró, en dos artículos, la cláusula general de transición para el nuevo sistema de aseguramiento social:

“Artículo 72. 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”.

(...)

“Artículo 76. El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley”. (Resaltado fuera del original).

Es en este punto que adquiere sentido y trascendencia la distinción que trazó la Corte Constitucional entre la obligación de cotizar al I.S.S. por los riesgos de vejez, de un lado, y del otro la obligación de realizar los aprovisionamientos necesarios por este mismo concepto para el momento en que entrara en funcionamiento dicha entidad:

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

Siendo así, aunque no era responsabilidad de la empresa realizar al I.S.S. los aportes a pensión antes de 1967, por cuanto no habiendo entrado en funcionamiento el Instituto nadie está obligado a lo imposible, sí constituía un deber jurídico de cada empleador

realizar los aprovisionamientos necesarios para hacer las transferencias al I.S.S. una vez la entidad hiciera el llamado a afiliación (Ley 90 de 1946, art. 72 y 76). Como se dijo anteriormente, la entrada en operación del Instituto era un hecho futuro pero cierto, por lo que era responsabilidad de cada empresario actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia”[91] en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año de 1887.

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

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

Es preciso anotar también que fue voluntad expresa del legislador disponer este régimen de transición, condicionado por el pago de un aporte previo del empleador, por cuanto la ausencia del mismo daría origen a una tremenda injusticia, ocasionada por el servicio prestado por un trabajador pero no reconocido en aportes. Esto se refleja en la discusión parlamentaria que se produjo en relación con el proyecto que posteriormente desembocó en la Ley 90 de 1946. Al abordarse el artículo 72, se observa la convicción y necesidad de disponer de un régimen general de transición:

“[A]bierta nuevamente la discusión, el Ministro explica la necesidad de declarar en la ley que se garantizan, durante un periodo previo, las prestaciones que venía ejerciendo los patronos por su cuenta; de lo contrario, sería consagrar una injusticia. Cerrada la discusión

del artículo, es aprobado en su forma original”[92].

7.2 Desde un plano constitucional, considera esta Sala de Revisión que si bien es cierto que en toda transición normativa deben tolerarse determinados sacrificios para algunos sectores de la población, “ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado”[93], también lo es que dichos sacrificios no pueden terminar por abolir totalmente una garantía fundamental y desconocer con ello el núcleo esencial de un derecho.

Es precisamente la nueva Carta Política la que consagra, como pilares fundantes del Estado, a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran[94]. Como ya se explicó, la idea de solidaridad es la “que cohesiona y une a los individuos en el complejo social, permite al Estado recurrir a medios de exacción fiscal de imposición total o parcial, a fin de costear financieramente los gastos que supone el servicio público”, como es el caso de la seguridad social[95].

El orden constitucional guarda entonces una especial inclinación por la vigencia de un régimen solidario, que supere el individualismo acérrimo y el liberalismo decimonónico. El principio/deber de la solidaridad social tiene un poder vinculante[96] que exige un comportamiento acorde con el hecho de la interdependencia social; la cual se manifiesta, en gran parte, en las relaciones laborales:

“Los beneficios que representa para el individuo las relaciones conmutativas de la vida en sociedad deben ser compensados por éste a fin de mejorar las condiciones materiales y espirituales de la convivencia social y ampliar permanentemente el número de miembros de la comunidad capaces de gozar de una existencia digna (CP Preámbulo, arts. 1, 95, 58 y 333). En una sociedad pobre, la justicia distributiva no puede ser solamente cometido del Estado, sino actitud y praxis de todos, mayormente de los mejor dotados.

La filosofía moral que subyace al ordenamiento jurídico emerge con fuerza normativa vinculante cuando la Constitución faculta a las autoridades para exigir del individuo la superación de su egoísmo, mediante el cumplimiento de sus deberes y obligaciones”[97].

En este caso específico, no resultaría admisible que dentro de un Estado Social de Derecho se niegue la pensión de vejez, debido a la entrada en funcionamiento paulatina del I.S.S., a

quien trabajó el número de años requeridos y llegó a la edad fijada por las normas. Especialmente, cuando se trata de grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, cuyo mínimo vital se encuentra gravemente comprometido.

Es evidente que cualquier otra alternativa de transición que llevase a desconocer absolutamente las cotizaciones a pensiones por el tiempo servido, constituiría una grave y desproporcionada afectación al trabajador. Como bien dispuso la Sala de Casación Laboral no resulta razonable que éste tenga que “sufrir injustificadamente unas consecuencias frente a las que no tiene culpa alguna”, como lo son la implementación escalonada del I.S.S. en el país y la falta de previsión por parte del empleador.

Además, lo que se demanda en este punto no es cualquier prestación o necesidad subjetiva, sino el derecho a la pensión de vejez, concebida históricamente como una de las herramientas para lograr la liberación de la miseria, según la fórmula clásica del “Freedom from want” (liberación de la necesidad). En términos contemporáneos, dicho proyecto jurídico y político podría equipararse a la garantía del mínimo vital.

Al respecto, esta corporación ha reiterado que se trata de un derecho fundamental innominado ligado estrechamente a la dignidad humana, porque “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”[98].

El derecho al mínimo vital recoge, a su vez, las disposiciones del bloque de constitucionalidad[99] que denotan la importancia de una cantidad de recursos suficientes para sufragar las necesidades más elementales. El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla en su numeral 3º que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Postulado que es reiterado en el artículo 25, el cual prescribe que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que

no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. De igual manera, el Protocolo de El Salvador, dentro del sistema interamericano, consagra que toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las contingencias y le permita “obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”[100].

La finalidad de garantizar las condiciones materiales más elementales, “sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia”[101], adquiere especial importancia en el caso de las personas de la tercera edad. Para ellos, la afectación al mínimo vital es especialmente relevante debido a que en muchos casos su único ingreso consiste en la pensión que perciben luego de su retiro de la fuerza laboral, “de manera que la afectación que se produzca sobre ella tiene, generalmente, un hondo impacto en las condiciones de vida”[102].

Podría esgrimirse que esta postura pretende valorar desde la óptica de la Carta de 1991 sucesos que ocurrieron varias décadas atrás. Al respecto, debe recordarse que la obligación de aprovisionamiento tiene fundamento expreso en la Ley 90 de 1946. Además, el juzgamiento de eventos pasados bajo el paradigma del Estado Social de Derecho, ideal propio de la Constitución Política de 1991, encuentra respaldo en la medida que “los mandatos materiales de la Carta del 91 extienden sus efectos retrospectivamente a la legislación preexistente, condicionando su vigencia y validez”[103], e impregnando de manera automática con sus dictados superiores toda la legalidad antecedente[104].

7.3 En suma, la Sala Quinta de Revisión concluye que la fórmula que mejor armoniza y salvaguarda los derechos de la clase trabajadora ante la entrada en funcionamiento progresiva y difusa del Instituto de Seguros Sociales, es la responsabilidad de los empleadores de sufragar el título o bono pensional por el número de semanas efectivamente laboradas para una misma empresa, atendiendo el deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente. Las conclusiones jurídicas producto de este fallo pueden, entonces, resumirse así:

1) Si bien el Instituto de Seguros Sociales solo comenzó a funcionar en relación con el riesgo de vejez a partir del año de 1967, la Ley 90 de 1946 estableció expresamente que los

empleadores particulares estaban en la obligación de realizar el aprovisionamiento necesario de modo que pudiesen girar los respectivos aportes una vez el Instituto hiciera el llamado a afiliación.

2) En la medida que el Gobierno Nacional omitió (al proferir el Reglamento General del Seguro Social, Decreto 3041 de 1966) contemplar la situación de los trabajadores (a) que no habían completado diez años de servicios continuos o discontinuos para un mismo empleador y de (b) aquellos que llevaban cualquier tiempo pero laboraban para empresas cuyo capital no alcanzaba \$800.000, se hace necesario acudir al estatuto orgánico y original del Instituto del Seguro Social (Ley 90 de 1946) y a partir de allí desarrollar jurisprudencialmente el régimen que cobija a este grupo de trabajadores.

3) La Ley 90 de 1946 consagró, a manera de régimen de transición (art. 72 y 76), la obligación de los empleadores particulares de realizar el aprovisionamiento necesario para que, una vez el Instituto de Seguros Sociales comenzara a realizar el llamado a afiliación, cada empresa pudiese responder con las cuotas proporcionales correspondientes el tiempo de servicio laborado y no cotizado ante el I.S.S..

4) Se trata de una solución que además se compagina con el espíritu del Estado social de derecho, y sus pilares que pregonan el respeto por la dignidad, el trabajo y la solidaridad de las personas.

7.4 Las conclusiones presentadas en esta providencia no contravienen lo dispuesto por la Sala Plena en sentencia C-506 de 2001, en donde se declaró exequible un apartado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual para efectos de computar el tiempo de servicios con miras a obtener la pensión, podía tenerse en cuenta el tiempo trabajado con empleadores privados que hubieran tenido a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral estuviera vigente, o se iniciara con posterioridad a la entrada de esa ley.

El ejercicio del control abstracto de constitucionalidad efectuado en aquella ocasión no cobijó situaciones como la presente, en la que una persona ya goza de un derecho adquirido, es decir de una situación jurídica individual que ha quedado definida y consolidada bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entiende incorporada válida y definitivamente o pertenece al patrimonio de una persona[105].

En efecto, en casos como el de Humberto Agamez Caly quien cumplió la edad requerida y el tiempo mínimo de servicio antes del 1º de abril de 1994, no se busca sumar el número de semanas pasadas con las que se causen bajo la nueva norma de seguridad social; ni se pretende invocar la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, sino el estatuto general del I.S.S. dispuesto en la Ley 90 de 1946, bajo el cual se consolidó el derecho de pensión.

8. Resolución del caso concreto.

8.1 El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela conlleva a que la misma solo sea procedente 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.

Tratándose del reconocimiento de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para este propósito, por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y de desarrollo progresivo. No obstante, de manera excepcional, “se ha admitido su procedencia, cuando tales acciones pierden eficacia jurídica para la consecución del objeto que buscan proteger, concretamente, cuando un análisis de las circunstancias fácticas del caso o de la situación particular de quien solicita el amparo así lo determina”[106].

Existen eventos cuya controversia puede superar el marco estrictamente legal para convertirse en un problema de índole constitucional[107]. Específicamente, la jurisprudencia ha identificado dos supuestos de hecho que habilitan la intervención excepcional del juez de tutela:

“cuando el titular del derecho en discusión es una persona de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente respecto de los demás miembros de la sociedad, dado que someterla a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales”[108].

La situación del señor Humberto Agamez Caly encaja en ambos escenarios. En primer lugar, se trata de una persona de muy avanzada edad (a la fecha tiene 84 años), quien desde el año 2003, por lo menos, se encuentra en diligencias para lograr su justa pensión, habiendo

agotado ya la vía gubernativa y elevado múltiples derechos de petición ante Bavaria S.A. para que la entidad realizara los aportes a seguridad social por el tiempo trabajado. En este sentido, resultaría altamente desproporcionado someterlo a un proceso ordinario, el cual por su tiempo de duración promedio, sería inocuo en la defensa de los derechos fundamentales invocados por el accionante. Más aún, si se tiene en cuenta que el presente problema jurídico suscita controversias de orden constitucional que podrían pasar inadvertidas en un juicio estricto de legalidad ante la jurisdicción laboral.

Ahora bien, es cierto que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en cumplimiento de un fallo de tutela, expidió la Resolución RDP 000871 del 11 de enero de 2013[109], mediante la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Agamez Caly, en cuantía de \$159.653[110], con efectos fiscales a partir del 17 de febrero de 2008.

Pese a ello, es razonable inferir la afectación al mínimo vital del accionante quien relató en su escrito de tutela, que la falta de una entrada económica estable le había ocasionado enormes dificultades para subsistir dignamente junto a su esposa, viéndose obligado “a tratar de trabajar recurriendo a la solidaridad de mis congéneres que raya con la lástima para poder sobrevivir”; aseveración que no fue desvirtuada por la entidad demandada. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que su último cargo desempeñado fue el de celador[111] y que sus ingresos fueron modestos durante su vida laboral.

En este sentido, es válido concluir que, quien habiendo cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios, tuvo que verse obligado injustamente a seguir trabajando informalmente por más de una década para lograr su supervivencia y la de su cónyuge, se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que no se supera automáticamente con el reconocimiento de una pensión equivalente a 2.4 salarios mínimos. Dicho lo anterior, concluye la Sala Quinta de Revisión que el caso amerita una decisión de fondo por parte de esta corporación.

8.2 En el capítulo siete de esta providencia, y luego de presentar los principales conceptos del desarrollo histórico y normativo de la seguridad social en pensiones, se concluyó que todo empleador particular, cualquiera fuese su capital, debe responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores causadas por los servicios prestados desde 1946,

independientemente de la entrada en funcionamiento del I.S.S. y en respuesta al deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente.

En este sentido, Bavaria S.A. deberá transferir a Colpensiones[112] el valor actualizado -cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba el actor para la época, de los aportes para pensión, para que así le sean contabilizadas al demandante, dentro de su tiempo de cotización, las semanas laboradas al servicio de la accionada.

Por otro lado, la excepción de legitimación por pasiva expuesta por Bavaria S.A., en sede de revisión, en el sentido que el señor Agamez Caly laboró en Distribuidora Águila S.A. y que la misma es una sociedad totalmente diferente a Bavaria S.A. no es aceptada por esta Sala de Revisión. Sea lo primero advertir que dicho argumento no solo no fue invocado en las instancias anteriores, sino que además contradice la afirmación presentada por el apoderado judicial de la entidad en la contestación ante el Juzgado 5º Penal Municipal de Villavicencio, donde corroboró la versión de Humberto Agamez Caly, así: “En la presente acción no se discute que el demandante laboró para mi defendida [Bavaria S.A.] entre el 25 de febrero de 1962 y hasta el 22 de julio de 1963”[113].

Existe además (i) certificación suscrita por la gerente de derecho laboral de Bavaria S.A. (28 de abril de 2008), en la que constata que el accionante trabajó para distribuidora Águila S.A. en las fechas atrás referenciadas[114], así como (ii) oficio de Distribuidora Águila S.A. con el logo de Cerveza Águila[115] (abril 6 de 1963) y (iii) dos oficios emitidos por Bavaria S.A. (23 de julio de 2009, 19 de diciembre de 2009) donde sostienen que para el momento de la vinculación laboral del accionante, la entidad no estaba en la obligación de realizar aportes a pensión.

Dado lo anterior, no se entiende por qué si son empresas totalmente distintas, Bavaria S.A. expide certificaciones laborales para los empleados de Distribuidora Águila S.A. y en ningún momento negó su responsabilidad como empleador del señor Agamez Caly, sino que se excusó en que “para el momento de la vinculación laboral no estaba en la obligación de realizar aportes a pensión”. Por demás, es normal que una empresa tan grande y representativa como Bavaria S.A. esté integrada por múltiples sociedades, y que ante la disolución o liquidación de algunas de ellas, responda la entidad matriz que subsista.

8.3 Por último, se advierte que no era procedente la solicitud de acumulación de

expedientes invocada por Halliburton Latín América S.A. y la UGPP debido a que el otro proceso (T-3.789.359) no fue seleccionado para revisión mediante auto del 28 de febrero de 2013 proferido por la Sala de Selección número dos y tampoco se insistió sobre la misma. Esta corporación ha establecido respecto de las sentencias (i) que revisa la Corte Constitucional y (ii) las que quedan excluidas y sobre las cuales dentro de los términos establecidos tanto por la ley como por el reglamento interno de la Corte, no se presenta la insistencia, opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, con lo cual dicha decisión se torna inmutable.

En todo caso, no se observa arbitrariedad alguna en el fallo de tutela impugnado por Halliburton Latín América S.A. y que ahora pretende extemporáneamente se seleccione y acumule. En dicha ocasión, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Villavicencio se fundamentó en la sentencia T-784 de 2010 para ordenar a la entidad emitir el respectivo bono pensional. Tampoco se avizora prima facie ninguna vulneración al debido proceso por supuesta falta de legitimidad por activa; aunque la entidad condenada manifiesta que el accionante nunca fue trabajador suyo, obra en el expediente certificación laboral expedida por Halliburton Latín América S.A. en la que establece que el señor Humberto Agamez Caly laboró con Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latín América S.A. durante los periodos allí consignados.

VI. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos adoptada mediante auto del siete (7) de junio de 2013.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Villavicencio, el 4 de diciembre de 2012, dentro de la acción de tutela instaurada por Humberto Agamez Caly contra Bavaria S.A., mediante la cual se negó el amparo y, en su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al trabajo y al mínimo vital.

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, en el término de un mes, contado desde la fecha de notificación de la presente sentencia, liquide las sumas actualizadas, de acuerdo con el salario que devengaba el actor en el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1962 al 22 de julio de 1963, durante el cual laboró para Distribuidora Águila S.A., hoy Bavaria S.A.. Tan pronto efectúe la liquidación, debe informársela a Bavaria S.A. para que ésta transfiera la suma correspondiente.

CUARTO.- ORDENAR a Bavaria S.A. que, en el término de los cinco (5) días siguientes al momento en que Colpensiones informe el valor actualizado de la suma liquidada conforme al numeral segundo de esta providencia, le transfiera a esta última entidad la suma correspondiente.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Según consta en su cédula de ciudadanía número 957.997.

[2] Cuaderno 1, folio 1. En adelante los folios citados hacen referencia a este cuaderno, salvo aclaración expresa en sentido contrario.

[3] Folio 2.

[4] Folio 64.

[5] Folio 121.

[6] Cuaderno 2, folio 5.

[7] Folio 84.

[8] “La accionada manifiesta que el accionante nunca fue trabajador de Halliburton Latín América S.A., obra en el expediente (folio 8 y 9 c.o.) certificación laboral expedida por Halliburton Latín América S.A. en la que establece que el señor Humberto Agamez Caly laboró con Geophysical Service Incorporated hoy Halliburton Latín América S.A. durante los periodos allí consignados, lo anterior evidencia que Halliburton Latín América S.A., es quien en la actualidad está llamada a responder”. Cuaderno de Revisión, folio 101.

[9] Cuaderno de Revisión, folio 105.

[10] En dicha providencia se lee lo siguiente: “si bien la accionada allegó una documentación extemporánea, para el fallo de segunda instancia, de esta se adujo que no se observó la presencia de hechos nuevos o diferentes a los que sirvieron de sustento a la primera instancia. De conformidad con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 el trámite que se está surtiendo en la actualidad es ante la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión”. Cuaderno de Revisión, folio 106.

[11] Cuaderno de Revisión, folio 179.

[12] Cuaderno de Revisión, folio 182.

[13] Cuaderno de Revisión, folio 185.

[14] Cuaderno de Revisión, folio 187.

[15] Cuaderno de Revisión, folio 190.

[16] Cuaderno de Revisión, folio 192.

[18] Cuaderno de Revisión, folio 215-216.

[19] Sentencia T-890 de 2011.

[20] Sentencia T-1040 de 2008 y SU-130 de 2013.

[21] Almansa Pastor, José M. Derecho a la Seguridad Social. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1984. Prólogo.

[22] Este acápite recoge principalmente lo expuesto en los libros (i) Almansa Pastor, José M. Derecho a la Seguridad Social. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1984; y (ii) Durand, Paul. La política contemporánea de seguridad social. Doctrina que a su vez ha sido recogida a nivel nacional por Gerardo Arenas Monsalve en su obra El derecho colombiano a la seguridad social.

[23] Almansa Pastor. Op. cit. p. 28.

[24] Instituto de Seguros Sociales. Evolución histórica del Seguro Social. Bogotá: I.S.S., 1989. p. 10.

[25] Almansa Pastor. Op. cit. p. 44.

[26] Instituto de Seguros Sociales. Evolución histórica del Seguro Social. Bogotá: septiembre 26 de 1989. p. 19.

[27] Almansa Pastor. Op. cit. p. 49.

[28] Almansa Pastor. Op. cit. p. 65.

[29] Arenas Monsalve. Op. cit. p. 9.

[30] Arenas Monsalve. Op. cit. p. 9.

[31] International Labour Office (ILO). Introduction to Social Security. Geneva: ILO, 1984. p.

1, traducción libre. Se puede consultar en http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1984/84B09_34_engl.pdf

[32] Con el tiempo, las corporaciones gremiales que tuvieron su esplendor en la edad media, entraron en crisis. “La economía y la política sufrieron grandes transformaciones, hasta que en 1776 en Francia, el famoso Edicto de Turgot ordenó la supresión de las corporaciones e inauguró la libertad de trabajo y con ella el inicio del capitalismo” Arenas Monsalve. Op. cit. p.16.

[33] Introduction to Social Security. Op. cit. p. 2.

[34] Arenas Monsalve. Op. cit. p. 18.

[35] Arenas Monsalve. Op. cit. p. 19.

[36] Venturi, Augusto. Los fundamentos científicos de la seguridad social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994. Título original “I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale”, 1954. p. 262.

[37] Discurso del Estado de la Unión dirigido al Congreso por el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt el 6 de enero de 1941.

[38] Los fundamentos científicos de la seguridad social. Op. cit. p. 266.

[39] En menos de seis meses se vendieron 250.000 ejemplares del Informe completo, 350.000 de un resumen oficial y 42.000 de una edición especial para los americanos

[40] Beveridge Report. Párrafo 9. Traducción libre.

[41] Derecho de la seguridad social. Op. cit. p. 34.

[43] Los fundamentos científicos de la seguridad social. Op. cit. p. 288.

[44] Los fundamentos científicos de la seguridad social. Op. cit. p. 286.

[45] Beveridge Report, párrafo 11, traducción libre.

[46] Carta Constitutiva de la OIT. Consultada el 22 de julio de 2013 en

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#declaration

[47] *Ibíd.*

[48] Del cual Colombia hace parte desde el año 1997.

[49] Exposición de motivos al Proyecto de Ley sobre seguro social obligatorio. 31 de julio de 1945.

[50] Instituto del Seguro Social. Evolución histórica del Seguro Social. Bogotá: I.S.S., 1989. p. 29.

[51] Discurso interpretado en el Teatro Municipal de Bogotá el 23 de octubre de 1904.

[52] Según las palabras de Rafael Uribe Uribe, era crucial la adopción de medidas sociales por parte del Estado so pena de experimentar una revuelta popular masiva bajo el influjo de las ideas socialistas: “El socialismo del cual hablo debe plantearse en un terreno esencialmente económico. La escuela económica clásica es hoy apenas un recuerdo histórico. Para prevenir el socialismo de la calle y de la plaza pública, no hay más medio que hacer bien entendido el socialismo de Estado, y resolver los conflictos antes de que se presenten. El socialismo que defiende difiere tanto del absolutismo que mata la dignidad humana, como del individualismo que mata la sociedad”.

[53] Aunque la expresión “patrono” se empleaba antiguamente en el orden jurídico colombiano, la misma fue reemplazada por el término “empleador”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 50 de 1990.

[54] Sentencia T-471 de 1992.

[55] Sentencia T-719 de 2011.

[56] Arenas Monsalve. *Op. cit.* p. 64.

[57] Gerardo Molina señala que dicho Decreto proferido durante un estado de sitio fungió como una respuesta del Gobierno nacional a las demandas históricas de los trabajadores y como reconocimiento a su fidelidad por haberle acompañado durante los momentos de

crisis originados por el golpe de Pasto que rompió el orden institucional. Molina, Gerardo. Las ideas liberales en Colombia. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1989. Tomo III, p. 179.

[58] Ley 6ª de 1945, art. 13.

[59] Capital que fue disminuido a \$800.000 en virtud del artículo 8º de la Ley 64 de 1946.

[60] “Adán Arriaga Andrade es considerado como el padre del Derecho Laboral en Colombia. Natural de Quibdó y proveniente de una cuna humilde, se interesó por darle a la clase trabajadora colombiana un respaldo en todo lo relacionado con los beneficios sociales, asistencia médica y una política de seguridad social (...) También son de su autoría los Códigos Sustantivos y Procesal del Trabajo” I.S.S., 60 años de seguridad social. Bogotá, 2006. p. 37.

[61] Arenas Monsalve. Op. cit. p. 66.

[62] Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Antecedentes y documentos de los seguros. . Bogotá: Editorial Antares, 1952. p. 265.

[63] Ibídem.

[64] Ley 90 de 1946, art. 2º.

Parágrafo. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático – Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste.” Precepto modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

[66] Ley 90 de 1946, art. 47.

[67] Mediante el Decreto ley 1650 de 1977 se modificó la razón social de Instituto Colombiano de Seguros Sociales a Instituto de Seguros Sociales.

[68] Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados como legislación permanente por la Ley 141 de 1961.

[69] Arenas Monsalve. Op. cit. p. 79.

[70] Evolución histórica del Seguro Social. Op. cit. p. 57.

[71] Ibídem.

[72] Evolución histórica del Seguro Social. Op. cit. p. 87.

[73] I.S.S., 60 años de seguridad social. Op. cit. p. 53.

[74] Sentencia T-1040 de 2008 y SU-130 de 2013.

[75] Sentencia C-107 de 2002.

[76] Sentencia T-719 de 2011.

[77] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Proceso número 971. Magistrado Ricardo Medina Moyano. Sentencia del 9 de septiembre de 1982.

[78] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Expediente No. 10557. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia del 6 de mayo de 1998.

[79] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Expediente No. 25759. Magistrado Luis Javier Osorio López. Sentencia del 29 de septiembre de 2005.

[80] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Expediente No. 38.225. Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas. Sentencia del 13 de marzo de 2012.

[81] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Expediente No.39.914. Magistrado Rigoberto Echeverri Bueno. Sentencia del 10 de julio de 2012.

[82] “En resumen, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social, mientras entraba en vigencia éste. Aunque, el llamado de afiliación a las empresas que se dedicaban a la actividad petrolera y a los trabajadores de éstas, se hizo con posterioridad, esto no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, pues únicamente lo que se prorrogó en el tiempo es que las

cotizaciones se transfirieran al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales”.

[83] Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

[84] En este mismo sentido ver el fallo T-020 de 2012, en el que el accionante denuncia haber laborado para la Embajada del Reino de los Países Bajos entre julio 1° de 1982 y diciembre 31 de 1989, sin que la misma realizara las respectivas cotizaciones. La Sala negó el amparo bajo el siguiente razonamiento: “en efecto laboró para la Embajada del Reino de los Países Bajos entre julio 1° de 1982 y diciembre 31 de 1989, cuando el I.S.S. no había asumido el riesgo referido. Bajo tales supuestos, esa dependencia extranjera no estaba en la obligación de proveer un eventual título pensional, para habilitar el tiempo de servicios prestados por el accionante, máxime si se tiene en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e incluso de la Ley 50 de 1990, esa relación laboral ya había culminado.”

[85] Sentencia C-177 de 1998.

[86] Lo cual motivó una aclaración de voto por parte del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

[87] L. 6ª/45, L. 65/46 y art. 260 C.S.T.

[88] Decreto Ley 2663 de 1950.

[89] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Expediente No. 10557. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia del 6 de mayo de 1998.

[90] Sentencia T-784 de 2010.

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

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

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

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

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

[92] Anales del Congreso. Bogotá, lunes 8 de octubre de 1945. Año I. Páginas de 1108 a 1112. Citado en Antecedentes y documentos de los seguros. Op. cit. p. 174.

[93] Sentencia C-177 de 1998, reiterada en T-719 de 2011.

[94] Constitución Política, art. 1º.

[95] Almansa Pastor. Op. cit. p. 34.

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

[97] Sentencia T-532 de 1992.

[98] Sentencia SU-995 de 1999.

[99] Ver sentencia T-211 de 2011.

[100] Protocolo Adicional de El Salvador, art. 9.

[101] Sentencia T-458 de 1997 y T-581A de 2011

[102] Sentencia T-581A de 2011.

[103] Sentencia T-110 de 2011.

[104] Sentencia C-478 de 1992 y T-110 de 2011.

[105] Sentencia SU-130 de 2013.

[106] Sentencia SU-130 de 2013.

[108] Sentencia SU-130 de 2013.

[109] Modificada por la RDP 020455 del 3 de mayo.

[110] Teniendo en cuenta que el salario mínimo legal para el año de 1992 era de \$65.190, el valor reconocido al accionante sería equivalente en la actualidad a 2.4 salarios mínimos mensuales.

[111] Conforme a la Resolución UGM 009300 del 21 de septiembre de 2011.

[112] Según informó el Instituto de Seguros Sociales en liquidación, mediante escrito radicado el 2 de agosto de 2013, “la base de datos correspondiente a la solicitud del accionante de la referencia fue trasladada a Colpensiones”. Cuaderno de revisión, folio 224.

[113] Cuaderno 1, folio 64.

[114] Cuaderno 1, folio 104.

[115] Cuaderno 1, folio 114.

[116] Sentencia SU-1219 de 2001.