

T-832A-13

Sentencia T-832A/13

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

DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO-Ausencia de valoración probatoria por parte del funcionario judicial

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto fáctico por falta de motivación

La estipulación de la falta de motivación como causal de procedencia de la tutela contra sentencias propende por la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, cuestión que, adicionalmente, les permite ejercer su derecho de contradicción. Así, al examinar un cargo por ausencia de motivación de una decisión judicial, el juez de tutela deberá tener presente que el deber de presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan un fallo es un principio basilar de la función judicial que, de transgredirse, supone una clara vulneración del debido proceso.

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha caracterizado este defecto como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial, originada en el proceso de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas al caso sometido al conocimiento del juez. Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales.

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

El Tribunal Constitucional ha precisado que una providencia judicial incurre en defecto

sustantivo cuando: (i) la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por la autoridad judicial, (ii)

el juez apoya su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, es claramente constitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de constitucionalidad, su aplicación al caso concreto es constitucional, ha sido declarada inexequible por la propia Corte Constitucional o, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó; (iii) el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, finalmente; (iv) la aplicación de la norma jurídica derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable.

#### PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Alcance/PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Aplicación

El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

#### PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL-En armonía con el concepto de conglobamento

EXPECTATIVAS LEGITIMAS-Posición intermedia entre las meras expectativas y derechos adquiridos/DERECHOS ADQUIRIDOS, MERAS EXPECTATIVAS Y EXPECTATIVAS LEGITIMAS EN

## MATERIA PENSIONAL-Diferencias

Las expectativas legítimas se ubican en una posición intermedia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos. Las tres figuras hacen alusión a la posición fáctica y jurídica concreta en que podría encontrarse un sujeto frente a un derecho subjetivo. Una persona tiene un derecho adquirido cuando ha cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento del mismo; estará ante una mera expectativa cuando no reúna ninguno de los presupuestos de acceso a la prestación; y tendrá una expectativa legítima o derecho eventual cuando logre consolidar una situación fáctica y jurídica concreta en virtud de la satisfacción de alguno de los requisitos relevantes de reconocimiento del derecho subjetivo. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que (i) las meras expectativas carecen de amparo en la resolución de casos concretos; (ii) los derechos adquiridos gozan de una poderosa salvaguarda por haber ingresado al patrimonio del titular y; (iii) las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia atendiendo a los factores relevantes del asunto específico y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

## PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL- Aplicación/PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

## PENSION DE VEJEZ COMO DERECHO IRRENUNCIABLE Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES-Criterio de sostenibilidad financiera no es aplicable por autoridades judiciales en el análisis de juicios concretos

Los criterios de sostenibilidad representan instrumentos financieros que sirven de herramienta en los escenarios de planeación y ordenación del gasto público, ámbitos reservados por la Constitución a los órganos ejecutivo y legislativo. En el escenario de la actividad judicial de las Altas Cortes, (i) el criterio de sostenibilidad no resulta aplicable en la decisión de juicios concretos como por ejemplo los contenciosos desarrollados en la jurisdicción ordinaria o en el escenario de revisión de tutela; (ii) el criterio de sostenibilidad solo opera luego de ejecutoriada la sentencia que pone fin al caso concreto sometido a escrutinio de la Alta Corte, esto es, en el trámite del incidente de impacto fiscal. En esta última hipótesis; (iii) no basta la alegación genérica del criterio de sostenibilidad fiscal para

tenerlo como elemento relevante o admisible en el análisis de la eventual modulación de los efectos del fallo en el trámite incidental, pues es indispensable que el interesado justifique adecuadamente su postura y acredite suficientemente el respeto de las cautelas normativas contenidas en el artículo 334 de la C.P. y en las demás disposiciones de la Carta, sin perjuicio del cumplimiento de los restantes requisitos que debe desarrollar el legislador y la decisión definitiva que tome la autoridad judicial correspondiente.

DERECHOS PENSIONALES-Protección en curso de adquisición mediante la salvaguarda del esfuerzo laboral y económico de los potenciales beneficiarios de una pensión

SISTEMA PENSIONAL CONTRIBUTIVO-Garantiza efectividad y protección a las cotizaciones al disponer que éstas necesariamente se tendrán en cuenta para el reconocimiento y liquidación de las prestaciones pensionales

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LAS COTIZACIONES Y DERECHO A LA PENSION-Protección al esfuerzo económico de los afiliados

La configuración del principio de efectividad de las cotizaciones y salvaguarda del esfuerzo económico de los afiliados al sistema de pensiones compete al legislador. Sin embargo, cuando este omite total o parcialmente el establecimiento de regulaciones normativas que permitan su operatividad, o habiéndolo hecho su aplicación al caso concreto se advierte problemática en términos de protección iusfundamental, el juez de la causa como intérprete del ordenamiento jurídico debe materializar, bajo determinados límites de razonabilidad y proporcionalidad, los objetivos o fines de protección que el sistema integral de seguridad social persigue en favor de las personas. Las autoridades judiciales de las diversas jurisdicciones han aplicado el principio de efectividad de las cotizaciones al momento de resolver diversos problemas de aplicación e interpretación de la legislación pensional.

PENSION DE VEJEZ-Posibilidad de acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias para tener derecho a ella

EXPECTATIVAS LEGITIMAS Y DERECHOS EN CURSO DE ADQUISICION-Acumulación de tiempo de servicios prestados tanto en el sector privado como en el sector público para obtener pensión de vejez

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS TANTO EN EL SECTOR PRIVADO COMO EN EL SECTOR PUBLICO-Caso en que el demandante es beneficiario del régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Término razonable debe valorarse en cada caso concreto

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Defecto sustantivo y desconocimiento del precedente por inaplicación del régimen de transición de la ley 100/93 y acuerdo 049 de 1990, para reconocimiento de pensión de vejez

Referencia: expediente T- 3970752

Acción de tutela instaurada por Beatriz Elena Peinado Castro contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla y otros.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, y los magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013), en única instancia.

### I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda

1. La señora Beatriz Elena Peinado Castro actuando a través de apoderado judicial interpone acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla y el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, por considerar que las autoridades accionadas vulneraron sus derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. A través de auto del 08 de abril de 2013 la Sala de Casación Laboral vinculó al trámite al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación (en adelante el ISS) y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda de tutela:

1.1. La accionante formuló demanda ordinaria laboral contra el Instituto de Seguros Sociales para que se le condenara al reconocimiento y pago de una pensión de vejez. En apoyo a su pretensión señaló que acumula un total 785.17 semanas cotizadas, las que le darían derecho a la pensión de vejez en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Aseguró que por medio de resolución N° 009662 del 29 de julio de 2008 el ISS le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, agregó que uno de sus empleadores se encuentra en mora de trasladar a la entidad el aporte correspondiente a 77.85 semanas, y adujó que laboró para el municipio de Chiriguaná (Cesar) un total de 77.57 semanas.

1.2. El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, el que mediante sentencia del 25 de junio de 2010 absolvió al ISS de las pretensiones de la demanda. La autoridad judicial estimó que la actora cumplía los requisitos de acceso al régimen de transición, pero no reunía los presupuestos de reconocimiento de la prestación vitalicia de vejez, en tanto no acreditó las semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, 500 durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1000 en cualquier tiempo. En su cómputo el Juzgado tuvo en cuenta los aportes dejados de pagar por el ex empleador de la peticionaria, aunque se abstuvo de emitir juicio alguno en relación con el periodo que la demandante habría laborado en el municipio de Chiriguaná.

1.3. Mediante providencia del 28 de febrero de 2011 la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla surtió el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla. El Superior confirmó en todas sus partes la decisión, empleando para el efecto argumentos semejantes a los expresados por

el a quo.

1.4. El apoderado de la demandante formula dos cargos contra las anteriores providencias. En su criterio se configuró un defecto fáctico pues las autoridades judiciales no tuvieron en cuenta “el apoyo probatorio consistente en el tiempo laborado en la alcaldía de Chiriguaná - Cesar, y que se encuentra en la Caja de Previsión de ese municipio, certificado por esta entidad territorial y que milita en el expediente con la presentación de la demanda laboral, como prueba documental, en los periodos entre 10 de julio de 1989 hasta el 8 de enero de 1991 que se basó en 543 días, equivalente a 77.57 semanas cotizadas y complementa las 500 semanas en los últimos 20 años”.

1.5. Adicionalmente, el interveniente sostiene que las decisiones acusadas incurrieron en un defecto sustantivo ya que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 no exige que las cotizaciones se efectúen de manera exclusiva al ISS. En su apoyo aludió a las sentencias T-090 de 2009, T-389 de 2009, T-583 de 2010 y T-714 de 2011, en las que la Corte Constitucional habría sostenido que es posible la acumulación de tiempos no cotizados al ISS, para contabilizar las semanas cotizadas requeridas a fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

1.6. En lo concerniente a la satisfacción de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela contra providencias judiciales, la demanda señala que la peticionaria no acudió al recurso extraordinario de casación por cuanto no contaba con los recursos económicos para hacerlo. Asimismo, expone que la solicitante no ha sido negligente frente a la defensa del reconocimiento de sus derechos pensionales, pues “lleva más de 4 años en agotamiento administrativo y trámite del proceso laboral correspondiente para obtener su derecho a la pensión de vejez y gozar de una vida digna en el progreso de su vejez”.

1.7. Sobre las condiciones materiales de subsistencia de la peticionaria en el escrito de tutela se manifiesta que la señora Beatriz Elena Peinado Castro tiene 62 años de edad; sobrevive con los auxilios económicos que le brinda un familiar; habita un inmueble en arriendo con una hija que obtiene sus ingresos de la venta de minutos a telefonía móvil y; soporta una demanda de restitución de inmueble arrendado por incumplimiento de 15 meses en el canon del contrato. El apoderado judicial concluye su alegato indicando que “la condición de indefensión, salud y económica en que se encuentra mi patrocinada, por lo

cual al vulnerar el derecho de pensión de vejez, se estaría exponiendo a un menoscabo de su integridad física, del mínimo vital y a la postre de un eventual deterioro de su salud y la vida por su condición para sufragar los gastos mínimos ordinarios y poder vivir de alguna manera digna con una mesada pensional”.

1.8. Con fundamento en los hechos descritos en la demanda de tutela se solicita, en síntesis, se conceda el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados y en consecuencia, (i) se deje sin valor y efecto las sentencias acusadas y; (ii) se reconozca la pensión de vejez de la accionante.

#### Intervención de las entidades accionadas

2. Por auto del 08 de abril de 2013 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avocó conocimiento de la acción de tutela y dispuso la notificación de los interesados. El Tribunal Superior de Barranquilla intervino en el trámite, mientras que los restantes accionados dejaron transcurrir en silencio el término de traslado de la demanda.

El Magistrado José de Jesús López Álvarez en su condición de integrante de la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla argumentó que la decisión atacada se dictó en apego a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Agregó que la demanda de amparo no cumplía los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, pues la solicitante no acudió al trámite de casación y solo formuló su pretensión constitucional pasados más de 2 años de proferida la decisión ordinaria.

3. La Sala de Casación Laboral mediante sentencia del 17 de abril de 2013 denegó la tutela solicitada. Consideró que la acción no cumplía los requisitos de subsidiariedad e inmediatez en tanto la peticionaria no agotó el recurso extraordinario de casación que tenía a su alcance, y formuló la acción de tutela transcurridos más de seis meses de proferida la providencia atacada.

## II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

### Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con

lo determinado en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de 18 de julio de 2013, expedido por la Sala de Selección Número 7 de esta Corporación.

a. Problema jurídico planteado

2. De acuerdo con los hechos expuestos y las precisiones realizadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión establecer si la presente acción de tutela es formalmente procedente para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la peticionaria. En este sentido, la Sala deberá establecer si se cumplen los presupuestos procesales de la acción de tutela contra providencias judiciales. De encontrarlos satisfechos, y de acuerdo con la interpretación que la Sala hace de los fundamentos de la demanda de tutela, comprobará si las autoridades judiciales accionadas incurrieron en causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en particular, en (i) defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria del documento aportado para acreditar el presunto tiempo de servicio prestado por la demandante en la alcaldía municipal de Chiriguaná; (ii) defecto por ausencia de motivación de la decisión judicial, en particular por no señalar las razones que condujeron a la no valoración del documento probatorio recién anotado y; (iii) defecto sustantivo por falta de aplicación de la segunda parte del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el parágrafo 1 del artículo 33 de la misma legislación.

3. Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional reiterará su jurisprudencia relativa a (i) procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria; (iii) defecto por ausencia de motivación de la decisión judicial y; (iv) defecto sustantivo. Igualmente, se referirá a la jurisprudencia sobre (v) los principios protectores de favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa, como criterios de interpretación en el análisis de casos concretos que involucren la protección del derecho a la seguridad social en los ingresos pensionales; (vi) el amparo de las expectativas legítimas o derechos eventuales en el ordenamiento jurídico. El principio de la condición más beneficiosa; (vii) la protección de los derechos pensionales en curso de adquisición mediante la salvaguarda del esfuerzo laboral y económico de los potenciales beneficiarios de una pensión y; (viii) la posibilidad, al aplicar el Acuerdo 049 de 1990, de acumular el tiempo de servicio prestado a un empleador

del sector público o privado que no realizó aportes al ISS, con los aportes efectuados directamente a dicha entidad.

Posteriormente, la Sala aplicará estas reglas para solucionar el caso concreto.

b. Solución del problema jurídico

Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de Jurisprudencia[1].

4. La Corte Constitucional, intérprete autorizada de la Constitución Política y guardiana de la integridad del texto superior (artículo 241 C.P.), ha desarrollado una sólida doctrina en relación con la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, basada en la búsqueda de un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial -pilares de todo estado democrático de derecho- y la prevalencia y efectividad de los derechos constitucionales -razón de ser primordial del estado constitucional y democrático de derecho-. Este equilibrio se logra a partir de la procedencia excepcional de la acción, dentro de supuestos cuidadosamente decantados por la jurisprudencia constitucional[2].

5. Para esta Corporación, la acción de tutela contra providencias judiciales constituye un mecanismo idóneo para garantizar la primacía y efectividad de los derechos constitucionales, cuyo fundamento normativo-constitucional se encuentra en los artículos 86 de la Carta, que prescribe que la acción se orienta a proteger los derechos frente a cualquier autoridad pública, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - parte del Bloque de Constitucionalidad-, que establece en cabeza del Estado la obligación de proveer un recurso efectivo para la protección de los derechos humanos[3].

7. Por otra parte, la excepcionalidad de la acción garantiza que las sentencias judiciales estén amparadas adecuadamente por el principio de cosa juzgada que prescribe su inmutabilidad, y que los jueces conserven sus competencias, autonomía e independencia al decidir los casos de los que conocen.

8. En la preservación de estos principios adquieren un papel protagónico los requisitos generales de procedencia formal de la acción, subsidiariedad e inmediatez. El primero,

asegura la independencia y autonomía judicial pues el peticionario sólo puede acudir a la tutela una vez haya agotado los mecanismos previstos por el sistema jurídico; el segundo, por su parte, evita que se dé una erosión muy acentuada de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, pues preserva la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas, toda vez que, transcurrido un tiempo razonable no es posible que sean cuestionadas por un supuesto desconocimiento de derechos fundamentales. Por ello, se afirma que la cosa juzgada adquiere una dimensión sustancial: las sentencias se protegen en la medida en que aseguran no solo seguridad jurídica, sino un mínimo de justicia material.

9. En cuanto a la autonomía e independencia judicial y los eventuales problemas ocasionados por la intervención del juez constitucional en pronunciamientos de otras jurisdicciones, una sencilla consideración sobre la composición de la jurisdicción constitucional permite demostrar que se trata de temores infundados. De acuerdo con las disposiciones legales y constitucionales, la Corte ha distinguido entre la jurisdicción constitucional en sentido orgánico y en sentido funcional[7]. Desde el primer punto de vista, el único órgano que integra la jurisdicción constitucional es la Corte Constitucional; sin embargo, desde el punto de vista funcional, todos los jueces de la república, individuales y colegiados, hacen parte de la jurisdicción constitucional cuando conocen de acciones de tutela, o cuando ejercen el control de constitucionalidad mediante la aplicación preferente de la Carta (excepción de inconstitucionalidad) en virtud del artículo 4 Superior.

10. La objeción según la cual la tutela contra sentencias afecta el orden jurídico por desconocer la posición de los tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, y la independencia y autonomía del juez natural de cada proceso, se desvanece una vez se repara en el sentido funcional de la jurisdicción constitucional. La intervención de la Corte ante la eventual afectación de derechos constitucionales en los procesos judiciales adquiere pleno sentido si, por una parte, se asume su posición como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional pero, por otra, se entiende que su competencia se restringe a los asuntos de relevancia constitucional y a la protección efectiva de los derechos fundamentales y no a problemas de carácter legal. Por ello, está vedada al juez de tutela cualquier intromisión en asuntos puramente litigiosos, en la escogencia de interpretaciones legales constitucionalmente válidas; o, finalmente, en las amplias atribuciones del juez para la valoración del material probatorio, mientras su ejercicio se ajuste a la efectividad de los derechos constitucionales.

11. Dentro del marco expuesto, en Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Sala Plena de la Corporación señaló los requisitos formales y materiales de procedencia de la acción.

12. Requisitos formales (o de procedibilidad)[8]: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional[9]; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela[10].

13. Requisitos sustanciales o de procedencia material del amparo: que se presente alguna de las causales específicas de procedencia, ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional: defecto orgánico[11] sustantivo[12], procedural[13] o fáctico[14]; error inducido[15]; decisión sin motivación[16]; desconocimiento del precedente constitucional[17]; y violación directa a la constitución[18]. En relación con las causales específicas de procedencia, ha manifestado la Corte que no existe un límite indivisible entre estas, pues resulta evidente que la aplicación de una norma inconstitucional o el desconocimiento del precedente constitucional pueden derivar en un irrespeto por los procedimientos legales; o, que la falta de apreciación de una prueba, puede producir una aplicación indebida o la falta de aplicación de disposiciones normativas relevantes para la solución de un caso específico[19].

14. De acuerdo con las consideraciones precedentes, para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de una sentencia judicial, es preciso que concurran tres situaciones: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales específicas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) el requisito *sine que non*, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental.[20]

Caracterización del defecto fáctico. La ausencia de valoración probatoria por parte del funcionario judicial. Reiteración de jurisprudencia[21].

15. La admisión del defecto fáctico como causal de procedencia material de la tutela contra providencias judiciales busca garantizar que estas decisiones se ajusten objetivamente al material probatorio recaudado en el proceso judicial que las antecede.

16. Así, sobre la base de que la autonomía y la discrecionalidad del juez no lo eximen de resolver el asunto sometido a su consideración a partir de la valoración ponderada de las pruebas obrantes en el expediente, la Corte Constitucional ha considerado que se estructura un defecto fáctico en los siguientes eventos: (i) cuando el juez deniega, sin justificación, la práctica de una prueba; (ii) cuando deja de valorar una existente y (iii) cuando la valora de manera caprichosa o arbitraria. En todos esos casos, el interesado tiene la carga de demostrar que la prueba que no se decretó, no se valoró o se evaluó irrazonablemente, era definitiva para la solución del proceso. En la presente oportunidad la Sala únicamente se referirá al defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria.

18. Esta corporación ha considerado que se presenta un defecto fáctico cuando el funcionario judicial, “a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente”.[22]

19. Son dos, entonces, los elementos que deben reunirse para que se configure el defecto fáctico por ausencia de valoración del material probatorio. De un lado, es necesario que el funcionario judicial haya adoptado una decisión carente de respaldo probatorio o que haya dejado de valorar una prueba que resultaba determinante para la solución del problema jurídico sometido a su consideración. La relevancia de dicha prueba es, precisamente, el segundo requisito que conduce a la estructuración del defecto. De ahí que, en todo caso, deba demostrarse que la falta de valoración probatoria incidió de manera definitiva sobre el sentido de la sentencia acusada.

La ausencia de motivación de la decisión judicial como causal de procedencia de la tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia[23].

20. La necesidad de que las decisiones de los jueces estén plenamente sustentadas en el marco jurídico aplicable y en los supuestos fácticos objeto de estudio, condujo a que la ausencia de motivación de la decisión judicial se convirtiera en una causal independiente de procedibilidad de la tutela contra sentencias, tras ser valorada, en varias ocasiones, como una hipótesis de defecto sustantivo o material.

21. La sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño.) dio un paso en esa dirección al reiterar que la decisión sin motivación es uno de los vicios que hacen procedente la tutela contra sentencias y relacionarlo con el “incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

22. Más tarde, la sentencia T-233 de 2007 (M.P. M.P. Marco Gerardo Monroy) precisó las pautas a las que se supedita el examen de la configuración del referido defecto. El fallo advirtió que la ausencia de motivación no se estructura ante cualquier divergencia con el razonamiento del juez, sino, únicamente, cuando su argumentación fue decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o inexistente. Esto, porque el respeto del principio de autonomía judicial impide que el juez de tutela se inmiscuya en meras controversias interpretativas. Su competencia, ha dicho la Corte, “se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”.[24]

23. Lo que debe tenerse en cuenta, finalmente, es que la estipulación de la falta de motivación como causal de procedencia de la tutela contra sentencias propende por la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, cuestión que, adicionalmente, les permite ejercer su derecho de contradicción. Así, al examinar un cargo por ausencia de motivación de una decisión judicial, el juez de tutela deberá tener presente que el deber de presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan un fallo es un principio basilar de la función judicial que, de transgredirse, supone una clara vulneración del debido proceso.

El defecto sustantivo como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia[25].

24. Esta Corporación ha caracterizado este defecto como la existencia de una falencia o

yerro en una providencia judicial, originada en el proceso de interpretación y aplicación de las disposiciones jurídicas al caso sometido al conocimiento del juez. Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales[26].

25. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que una providencia judicial incurre en defecto sustantivo cuando: (i) la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por la autoridad judicial[27], (ii)

el juez apoya su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto[28], bien sea, porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, su aplicación al caso concreto es inconstitucional[29], ha sido declarada inexequible por la propia Corte Constitucional[30] o, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó[31]; (iii) el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, finalmente; (iv) la aplicación de la norma jurídica derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable.

Los principios protectores de favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa como criterios de interpretación en el análisis de casos concretos que involucren la protección del derecho a la seguridad social en los ingresos pensionales

26. El artículo 53 de la Constitución Política contiene los principios protectores mínimos del derecho constitucional al trabajo, los que se dirigen a brindar amparo a la parte más débil de la relación laboral o de la seguridad social, corrigiendo la desigualdad fáctica o el desequilibrio económico que se presenta en dichos escenarios (Art. 13 C.P.). La Constitución garantiza la protección de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho a través de dos principios hermenéuticos íntimamente relacionados entre sí: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) in dubio pro operario. A su turno, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos

de los trabajadores (Art. 53 y 215 C.P.) se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.

27. Estos postulados orientan la aplicación e interpretación de los derechos al trabajo y la seguridad social al momento de resolver casos concretos. A continuación la Sala expondrá el contenido y alcance general de cada uno de ellos[32].

#### Los principios de favorabilidad e in dubio pro operario

28. El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

29. El legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de conglobamento en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: “Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad” (énfasis añadido). En acuerdo con el anterior precepto, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo expresa: “Conflictos de leyes. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas”. Cabe precisar, sin embargo, que el criterio de inescindibilidad o conglobamento no es absoluto y por ello admite diversas limitaciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad analizables en cada caso concreto (Infra 59 y 60).

30. Brevemente y solo a modo de ilustración es pertinente indicar que la Sala de Casación

Laboral ha modulado el criterio de conglobamiento o inescindibilidad en diversas ocasiones, entre ellas en (i) Sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011(M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) en la que estimó procedente tomar en consideración el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, para reconocer una pensión de invalidez a una persona que no reunía los presupuestos de acceso de esta última prestación. Lo anterior a pesar de que el asunto no envolvía un problema de conflicto entre disposiciones aplicables, sino la posibilidad de dar efectividad a la satisfacción del requisito de densidad de aportes de un sistema normativo más exigente (pensión de vejez), frente a otro diverso y menos arduo en la consolidación del presupuesto de cotización (pensión de invalidez) y; (ii) en Sentencia 29470 del 20 de abril de 2007 (M.P. Luis Javier Osorio) en la que el Tribunal de Casación estimó que en ausencia de disposición infraconstitucional que consagrara expresamente la obligación de actualizar el ingreso base de liquidación de la primera mesada de las pensiones de origen legal distintas a las consagradas en el sistema normativo de la Ley 100 de 1993, se apreciaba necesario aplicar la fórmula de indexación prevista en esta última legislación[33].

31. Asimismo, el propio legislador ha matizado el principio de conglobamento o indivisibilidad en distintas ocasiones. A manera de ejemplo se puede referir (i) el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que consagra los requisitos de acceso a la pensión de vejez. En su parágrafo 1 señala los períodos que podrán acumularse para el efecto, disponiendo la totalización de tiempos servidos y aportes efectuados en diversos regímenes; (ii) el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que establece que los beneficiarios de un afiliado que fallece habiendo cotizado el mínimo de semanas necesarias para el reconocimiento de una pensión de vejez, tienen derecho a una pensión de sobrevivientes y; (iii) el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que al regular los requisitos de acceso a la pensión de invalidez consagra que “Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.” (Énfasis añadido).

32. A su turno, el principio in dubio por operario (favorabilidad en sentido amplio) implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger[34]. En esta hipótesis el intérprete

debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador[35].

33. Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio *in dubio pro operario* lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica. Para la Corte Constitucional “la “duda” que da lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario* “debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierra sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva”.[36] Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos[37].

34. Es necesario aclarar, asimismo, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la distinción formal y sustancial que se presenta entre los principios de favorabilidad e *in dubio pro operario*[38]. Sin embargo, debido a la estrecha similitud de ambos conceptos y su confección en el artículo 53 superior[39], ha empleado una terminología única para explicar sus alcances. En esa línea, en sentencia T-1268 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda) la Corte estimó que “La favorabilidad opera no sólo cuando existe conflicto entre dos [disposiciones jurídicas] de distinta fuente formal, o entre dos [disposiciones jurídicas] de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola [disposición jurídica] que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes”.

El amparo de las expectativas legítimas o derechos eventuales en el ordenamiento jurídico. El principio de la condición más beneficiosa.

35. La jurisprudencia constitucional ha puntualizado que la Constitución protege la expectativa legítima de acceder a un derecho. La salvaguarda anotada se desprende de una lectura armónica de la cláusula de protección prevalente de las personas en estado de

inequidad social (Arts. 1, 2 y 13 C.P.), el contenido normativo del derecho a la seguridad social (Art. 48 C.P.), la prohibición prima facie de menoscabo de los derechos sociales de los trabajadores (Art. 53. Inc. 5 y 215. Inc. 10 C.P.), la obligación que tienen los particulares y las autoridades públicas de observar la buena fe en sus actuaciones (Art. 83 C.P.), y las garantías mínimas del estatuto del trabajo (Art. 53 CP). Igualmente, este principio subyace al parágrafo 4 transitorio del artículo 48 superior en el que se estableció un régimen de cambio que ampara la expectativa legítima de las personas que están próximas a cumplir los requisitos de acceso a una pensión de vejez bajo los requerimientos de la normatividad derogada, aplicable en virtud del régimen de transición fijado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

36. En la jurisprudencia de esta Corporación la protección de las expectativas legítimas surgió a partir de los fallos de constitucionalidad abstracta que resolvieron distintas demandas formuladas contra el contenido normativo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contentivo del régimen de transición de la pensión de vejez. El estudio de los problemas jurídicos surgidos del análisis de estos asuntos le permitió a la Corte establecer la existencia de una situación jurídica distinta a la representativa de los derechos adquiridos y las meras expectativas, únicas categorías empleadas hasta entonces por la jurisprudencia constitucional para establecer si una persona afectada por un tránsito legislativo había alcanzado el reconocimiento de un determinado derecho subjetivo.

37. Las expectativas legítimas se ubican en una posición intermedia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos. Las tres figuras hacen alusión a la posición fáctica y jurídica concreta en que podría encontrarse un sujeto frente a un derecho subjetivo. Una persona tiene un derecho adquirido cuando ha cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento del mismo; estará ante una mera expectativa cuando no reúna ninguno de los presupuestos de acceso a la prestación; y tendrá una expectativa legítima o derecho eventual cuando logre consolidar una situación fáctica y jurídica concreta en virtud de la satisfacción de alguno de los requisitos relevantes de reconocimiento del derecho subjetivo. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que (i) las meras expectativas carecen de amparo en la resolución de casos concretos; (ii) los derechos adquiridos gozan de una poderosa salvaguarda por haber ingresado al patrimonio del titular y; (iii) las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia atendiendo a los factores relevantes del asunto específico y los criterios de

razonabilidad y proporcionalidad.

38. Entonces, en la sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corporación identificó la existencia de una posición jurídica denominada expectativa legítima, la que otorga a sus beneficiarios una particular protección frente a cambios normativos que menoscaban las fundadas aspiraciones de quienes están próximos a reunir los requisitos de reconocimiento de un derecho subjetivo[40]. El Tribunal puntualizó que el establecimiento de regímenes de transición representa uno de los instrumentos de salvaguarda de las expectativas legítimas, pues no resulta constitucionalmente admisible que una persona que ha desplegado un importante esfuerzo en la consecución de un derecho y se encuentra próxima a acceder a él, vea afectada su posición de forma abrupta o desproporcionada. Al respecto la citada providencia señaló que “La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo” (Énfasis añadido).

39. En sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) el Tribunal Constitucional sintetizó su jurisprudencia sobre la protección brindada a las expectativas legítimas mediante los regímenes de transición en los siguientes términos: “Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición.||Como el legislador tiene plena competencia para modificar la ley como parte de sus atribuciones constitucionales (Art. 150 numeral 1 C.P.) y puede hacerlo dentro del margen de configuración que le es propio, es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a

consolidarse bajo el régimen previo".

40. La defensa de las expectativas legítimas compete en primera oportunidad al Congreso de la República. A modo de ilustración esta protección puede observarse, entre otras hipótesis, en los siguientes eventos: (i) de forma amplia el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 protege la expectativa legítima de acceder a una prestación pensional en cualquiera de sus regímenes, aunque sometiéndolo a las restricciones del principio de conglobamiento: "Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley" (Énfasis añadido); (ii) de manera específica el artículo 36 de la ley 100 de 1993 creó un régimen de transición o cambio normativo para las pensiones de jubilación cubiertas por los regímenes normativos que derogó[41]. Igualmente, el legislador ha salvaguardado las expectativas legítimas (iii) a través del reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada para las personas que están próximas a pensionarse[42] o (iv) mediante el establecimiento de una pensión sanción en aquellos casos en que la responsabilidad por el acaecimiento de la contingencia vejez estaba a cargo del empleador, el que con el objeto de exonerarse de la prestación pensional daba por terminado el vínculo laboral luego de un considerable tiempo de servicios del trabajador (esta última hipótesis, sin embargo, se encuentra hoy derogada) [43].

41. Según se viene argumentando, en el contexto del régimen contributivo de pensiones la Constitución protege a los afiliados o beneficiarios que tienen la expectativa legítima de acceder a una prestación cuya adquisición definitiva se ve truncada por tránsitos legislativos que varían las condiciones de acceso a la pensión (Supra 35). Así, el ordenamiento jurídico salvaguarda el derecho eventual de las personas que (i) están próximas a cumplir los requisitos necesarios para alcanzar el reconocimiento del derecho pensional (edad, tiempo de servicio, semanas cotizadas, monto del ahorro, etc.) o; (ii) han logrado el estatus de aseguramiento de un determinado riesgo ( invalidez o muerte), el que en el evento de realizarse otorgaría el amparo de la contingencia protegida mediante el reconocimiento de una prestación económica.

42. Ahora bien, para establecer el grado de protección de los derechos eventuales en el

marco de la seguridad social, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad el legislador debe tomar en consideración por lo menos estos aspectos: los parámetros generales de reparto de bienes y cargas públicas de acuerdo a las capacidades y necesidades de cada quien; los problemas estructurales que posea el sistema pensional; las características y finalidad que persigue la respectiva prestación y; las particularidades de los requisitos pensionales cuya modificación podrían llegar a vulnerar la expectativa legítima de los reputados titulares. En esa línea, en un sistema pensional contributivo se debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: (i) la proximidad entre el cambio legislativo que varió los presupuestos de reconocimiento de la garantía pretendida y el instante en que la persona adquiriría definitivamente la pensión; (ii) la intensidad del esfuerzo económico desplegado por el afiliado de modo que a mayor cantidad de aportes o semanas acumuladas se conceda mayor protección; (iii) la capacidad contributiva del afiliado de manera que se otorgue mayor protección a las personas que cotizaron sobre salarios o ingresos bajos, ya que en su caso la necesidad de la pensión se estima mayor frente a quienes cotizaron sobre salarios más elevados[44]; (iv) la ausencia (o presencia) de mecanismos de protección social sustitutos no contributivos; (v) el histórico de los niveles de informalidad laboral y de promedio de tiempo que tarda una persona en encontrar un nuevo empleo (a mayor informalidad y término de vacancia, mayor protección, pues en estos contextos el esfuerzo de acumulación es más exigente en tanto los mencionados factores obstaculizan la continuidad en la acumulación de las cotizaciones y, en consecuencia, el reconocimiento de las prestaciones) y; (vi) el nivel de cobertura del sistema contributivo de pensiones, junto con la persistencia de dificultades estructurales, fácticas o normativas, que obstaculicen el acceso al sistema pensional.

43. No obstante lo anterior, cuando el legislador omite la consagración de dispositivos de protección de los derechos eventuales o la realiza de forma incompleta o imperfecta, la autoridad judicial como intérprete del ordenamiento jurídico encargada de aplicar y materializar el derecho en los casos concretos, debe acudir al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa al afiliado o beneficiario de la seguridad social, para analizar los asuntos sometidos a su conocimiento[45].

44. La Sala de Casación Laboral, en posición que esta Sala de Revisión acompaña, ha sostenido que el principio de la condición más beneficiosa se encuentra plasmado en la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la legislación nacional. Así, en Sentencia

30581 del 9 de julio de 2008 (M.P. Luis Javier Osorio López) indicó que el legislador ha salvaguardado a través de regímenes de transición las expectativas legítimas que una persona consolidó en vigencia de sistemas normativos que posteriormente son derogados. De modo similar, la Sala Laboral estableció que el principio de la condición más beneficiosa encuentra respaldo en el ordenamiento constitucional y en los Convenios sobre derechos humanos laborales ratificados por Colombia, en particular en el artículo 53 superior y el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, respectivamente. En ese sentido la Corte de Casación señaló:

“Como lo ha puesto de presente esta Corporación en otras ocasiones, el legislador tradicionalmente ha protegido la <condición más beneficiosa> aunque la misma no se halle expresa y claramente instituida en una norma o precepto legal, ello mediante la consagración de regímenes razonables de transición que procuran mantener los aspectos favorables de la normatividad social modificada o abolida y proteger los derechos adquiridos o las expectativas legítimas de los trabajadores o afiliados a la seguridad social; al igual que al establecer categóricamente tanto el constituyente como el legislador, que la nueva ley no puede “menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (resalta la Sala) para el presente caso -afiliados y sus beneficiarios-, conforme se desprende de lo expresado en el último inciso del artículo 53 de la Carta Superior y del artículo 272 de la Ley 100 de 1993.||Es por lo dicho, que al interior de esta Sala de Casación se ha venido aceptado la <condición más beneficiosa> como un principio legal y constitucionalmente aplicable a asuntos de seguridad social, en especial en materia pensional.

Es más, remitiéndose esta Corporación a las fuentes y acuerdos vinculantes de índole internacional del derecho al trabajo, incorporados a nuestro ordenamiento interno como Estado miembro a través de la ratificación de los respectivos convenios o tratados internacionales en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta Política, y que pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, es dable destacar que los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo OIT no se oponen a la aplicación de la condición más beneficiosa y por el contrario son compatibles con la orientación que a esta precisa temática le viene dando la Sala, al señalar en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro,

menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.”. (Énfasis y subrayado, en el original)

45. En la misma dirección, en sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve) el Tribunal de Casación extractó los contenidos y linderos del principio de la condición más beneficiosa, y explicó las diferencias y similitudes con los criterios de favorabilidad e indubio pro operario, en los siguientes términos:

“La condición más beneficiosa, tiene adoctrinado la Sala, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que las satisfizo. En ese horizonte, ha enseñado esta Corporación que tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley, tanto en lo que atañe al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa.<sup>49</sup> Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa.<sup>50</sup> El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo.<sup>51</sup> Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamiento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo.<sup>52</sup> A contrario sensu, el principio in dubio pro operario, se presenta cuando frente a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones sensatas, la cual implica la escogencia del ejercicio hermenéutico que más le favorezca al trabajador. Además, tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la

norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.||Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.||Por lo brevemente expuesto se concluye que, si bien todas las reglas en precedencia son manifestaciones palpables de los postulados protecciónistas y tuitivos del derecho laboral y de la seguridad social, difieren entre sí, por que, se reitera, la primera, se refiere al conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, la segunda alude a duda en la interpretación de una norma y, la tercera, a la sucesión normativa, que implica la verificación entre “una norma derogada y una vigente” (Énfasis y subrayado en el original).

“De otro lado, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra el llamado principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.||En efecto, el llamado principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social fue instaurado por el Acto Legislativo número 1° de 2005, al ordenar que “Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas” (el subrayado no hace parte del texto original). Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005.||Por la razón expuesta, la aplicación jurisprudencial del principio de la condición más beneficiosa no atenta contra la regla de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, no sólo porque esta regla obliga

específicamente al legislativo a partir de la fecha señalada, sino, sobre todo, porque la aplicación del principio señalado opera sobre unas personas que han reunido las exigencias fácticas que, bajo una normativa determinada, aseguraban a ellas o a sus sucesores la obtención de un derecho. Y al reunir esas exigencias fácticas, traducidas en una determinada densidad de cotizaciones, esas personas han igualmente satisfecho las exigencias de tipo financiero demandadas por el sistema, según la normativa vigente para ese momento. O sea, para el sistema vigente en ese momento, sus pensiones estaban financiadas al cumplir el tiempo exigido de cotización.||Esto último es particularmente importante, pues el hecho de que una persona haya cumplido con los requerimientos de cotización impuestos bajo una determinada normativa, significa que la pensión para la cual ha cotizado está garantizada por el propio estado, con lo cual se cumple otro elemento normativo adicionado al artículo 48 de la Constitución por el Acto Legislativo número 1 de 2005, en el sentido de que “El Estado garantizará (...) la sostenibilidad financiera del sistema pensional””. (Énfasis y subrayado en el original)

47. La Sala Novena de Revisión comparte la nueva posición de la Sala de Casación Laboral en relación con el alcance del criterio de sostenibilidad financiera, empero, se aparta de la consideración según la cual el principio de la condición más beneficiosa solo permite confrontar sistemas jurídicos inmediatamente sucesivos. En cuanto a lo primero es menester precisar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional los criterios de sostenibilidad financiera no son fines en sí mismos ya que solo representan instrumentos de la Constitución Económica, subordinados al objetivo superior de materialización de los fines del Estado Social de Derecho. De este modo el artículo 334 de la C.P. modificado por el artículo 1 del A.L. 03 de 2011 consagra que el “marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”(énfasis añadido), en tanto que en sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) la Sala Plena de la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad por sustitución de la Carta formulada contra el Acto Legislativo 03 de 2011 que plasmó el criterio económico de sostenibilidad fiscal, recordó que “las normas que integran lo que se ha denominado por la jurisprudencia como la Constitución Económica, tienen de manera general un carácter instrumental y no son fines en sí mismos”.

48. En consecuencia, la cláusula de Estado Social de Derecho, los fines esenciales del

Estado y los derechos fundamentales integrados en la parte dogmática de la Constitución priman sobre los criterios de sostenibilidad, pues estos últimos se subordinan a los primeros en tanto mecanismos de realización o efectividad de aquellos. De ahí que no es posible asegurar que los elementos de sostenibilidad como criterios orientadores de la actividad estatal deban ponderarse en los casos concretos con los principios constitucionales fundamentales, pues carecen de jerarquía normativa suficiente para confrontarlos (Art. 334 C.P.). En esa dirección la Sala Plena de la Corte en la sentencia C-288 de 2012 señaló que al ubicarse en planos jerárquicos diferentes, los mandatos dogmáticos determinaban la interpretación de los criterios de sostenibilidad, debiendo ceder en todo caso de aparente conflicto con los primeros:

“[L]a SF [Sostenibilidad Fiscal], en realidad no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del ESDD [Estado Social de Derecho]. No es válido concluir, en ese orden de ideas, que la SF redefina los objetivos esenciales del Estado, en tanto un instrumento de ese carácter no impone un mandato particular. Puede ser comprendida, a lo sumo, como una medida de racionalización de la actividad de las autoridades, pero en todo caso sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada en la Constitución. Por ende, no es viable sostener que la SF deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del ESDD, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados”.

49. Debido a lo anterior los criterios de sostenibilidad no pueden suponer una injerencia indebida en el ámbito de autonomía e independencia reservado por la Constitución a los jueces de la República al momento de aplicar el ordenamiento jurídico y resolver los casos concretos sometidos a su escrutinio<sup>[47]</sup>. Al respecto, la sentencia C-288 de 2012 en comento precisó que “se impone una conclusión sobre la interpretación adecuada de la sostenibilidad fiscal: Como la SF es, por mandato superior, un criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, estos sí con mandatos particulares que deben ser optimizados, no podrá

predicarse en casos concretos que estos principios puedan ser limitados o restringidos en pos de alcanzar la disciplina fiscal, pues ello significaría que un principio constitucional que otorga identidad a la Carta Política sería desplazado por un marco o guía para la actuación estatal, lo que es manifiestamente erróneo desde la perspectiva de la interpretación constitucional". (Énfasis añadido)

50. La denominación de los criterios de sostenibilidad económica como instrumentos dirigidos a la realización de los fines de la cláusula de Estado Social de Derecho implica que estos no pueden interpretarse de modo que supongan un obstáculo a la realización de las metas esenciales del Estado y la protección efectiva de los derechos fundamentales. Por ello el constituyente derivado de forma expresa adoptó una serie de poderosas cautelas normativas dirigidas a prever una interpretación nociva sobre la obligación de materialización del Estado Social de Derecho. En ese sentido en relación con la sostenibilidad fiscal el artículo 334 C.P. establece (i) la prevalencia del gasto público social frente a las demás obligaciones del Estado; (ii) la categorización de la sostenibilidad como criterio meramente orientador de la actividad estatal, y no como elemento prescriptivo; (iii) la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos fundamentales; (iv) la imposibilidad siquiera de alegar la sostenibilidad fiscal para restringir la protección de los derechos fundamentales, y menos aún para lesionar o negar su amparo y; (v) la inoperatividad de los criterios de sostenibilidad en la resolución de casos concretos por parte de una Alta Corte[48]. Es por esa razón que la única incidencia que este criterio tiene en la actividad judicial se da luego de proferida y ejecutoriada la sentencia a través de la posibilidad de iniciar incidente de impacto fiscal contra la misma, para que la Alta Corte estudie la viabilidad de modular o no los efectos de la decisión, bajo precisos límites constitucionales que impidan la infracción de la cosa juzgada predicada de la sentencia que decidió el caso concreto, y eviten la burla del sentido y efecto protector de la decisión[49].

51. De este modo, el artículo 334 C.P. señala (i) que "En cualquier caso el gasto público social será prioritario"; (ii) que "La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica"; (iii) que "En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales"; (iv) que "Al interpretar el presente artículo bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección

efectiva" y; (v) que "El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquier de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio" (Énfasis y subrayado añadido).

52. Tomando en consideración que el criterio de sostenibilidad financiera puede tener diferentes lecturas dependiendo de la concepción de política económica y economía política que se asuma, en el escenario del derecho a la seguridad social el artículo 48 superior hace recaer expresamente sobre el legislador la aplicación del mencionado criterio en tanto órgano de decisión política encargado de ordenar el gasto y configurar el funcionamiento del sistema de seguridad social. Para esta Sala de la Corte, el criterio de sostenibilidad no es aplicable por las autoridades judiciales en el análisis de juicios concretos (casos contenciosos concretos), pues las consecuencias sobre la sostenibilidad del sistema derivadas del costo de las distintas prestaciones han sido advertidas y calculadas previamente por el ejecutivo y el legislador en tanto competentes para planear y ordenar el gasto público, y quienes cuentan con los estudios sobre los ingresos y egresos del Estado, y las estadísticas y panorámica de asignación financiera del conjunto de obligaciones económicas del Estado a través del Plan Nacional de Desarrollo, la configuración del Presupuesto General de la Nación y los demás instrumentos pertinentes.

53. Y es que una posición en contrario implicaría que el juez de la causa concreta debería asumir funciones de planeación y ordenación del gasto público, contraviniendo el principio de separación de poderes, subordinando a criterios financieros la interpretación y aplicación del derecho, estableciendo mediante proyecciones matemáticas y económicas el costo del derecho para cada caso concreto, y procediendo a su protección o negación atendiendo a la disponibilidad presupuestal, previo análisis del cumplimiento del principio de priorización del gasto público social en el conjunto del Presupuesto General de la Nación. La Sala resalta que en el Estado de Derecho la función de los jueces de la República consiste en aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico con el objeto de garantizar los derechos de las personas y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de las controversias.

54. De este modo el principio de eficiencia del sistema de seguridad social comporta para el legislador la obligación de construir disposiciones jurídicas claras, precisas, coherentes con el sistema y armónicas con la Constitución. Corresponde a los jueces aplicar el

ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, inaplicar la legislación en los eventos en que sus preceptos quebranten abiertamente la norma suprema, e integrar el ordenamiento jurídico colmando los vacíos de regulación o salvando las contradicciones presentes en las cláusulas legislativas, de acuerdo con los principios protectores del derecho del trabajo y la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa al afiliado o beneficiario de la seguridad social[50]. En ese sentido los eventuales costos financieros derivados de las carencias de regulación legislativa no pueden suponer un obstáculo para la función encomendada por la Constitución a los jueces de la República como intérpretes supremos del ordenamiento jurídico, máxime si la propia Carta garantiza la separación de poderes y establece que el Estado asegurará “la sostenibilidad financiera del sistema pensional” (Art. 48 C.P.) y “el derecho al pago oportuno (...) de las pensiones legales” (Art. 53 C.P.), lo que se traduce en la obligación para el ejecutivo y el legislativo, de disponer (en el marco de sus atribuciones) lo necesario para costear monetariamente el funcionamiento del sistema pensional y sufragar las prestaciones reconocidas administrativa y judicialmente[51].

55. Se concluye, los criterios de sostenibilidad representan instrumentos financieros que sirven de herramienta en los escenarios de planeación y ordenación del gasto público, ámbitos reservados por la Constitución a los órganos ejecutivo y legislativo. En el escenario de la actividad judicial de las Altas Cortes, (i) el criterio de sostenibilidad no resulta aplicable en la decisión de juicios concretos como por ejemplo los contenciosos desarrollados en la jurisdicción ordinaria o en el escenario de revisión de tutela; (ii) el criterio de sostenibilidad solo opera luego de ejecutoriada la sentencia que pone fin al caso concreto sometido a escrutinio de la Alta Corte, esto es, en el trámite del incidente de impacto fiscal. En esta última hipótesis; (iii) no basta la alegación genérica del criterio de sostenibilidad fiscal para tenerlo como elemento relevante o admisible en el análisis de la eventual modulación de los efectos del fallo en el trámite incidental, pues es indispensable que el interesado justifique adecuadamente su postura y acrelide suficientemente el respeto de las cautelas normativas contenidas en el artículo 334 de la C.P. y en las demás disposiciones de la Carta, sin perjuicio del cumplimiento de los restantes requisitos que debe desarrollar el legislador[52] y la decisión definitiva que tome la autoridad judicial correspondiente[53].

56. Ahora bien, en lo relativo a la posición de la Sala de Casación Laboral sobre la

imposibilidad de confrontar regímenes jurídicos que no son inmediatamente sucesivos para efecto de aplicar el principio de la condición más beneficiosa, la Sala Novena de Revisión considera que si bien la protección de los derechos eventuales tiene límites como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional y ordinaria, el argumento acogido por la Sala de Casación desconocería que las mencionadas restricciones están dadas por criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Para esta Sala de la Corte Constitucional no basta efectuar reformas legislativas sucesivas para suprimir la protección de las expectativas legítimas. Una medida tal desconocería la necesidad de tomar en consideración aspectos como la proximidad entre el cambio legislativo que varió los presupuestos de reconocimiento de la garantía pretendida y el instante en que la persona adquiriría definitivamente la pensión, la intensidad del esfuerzo económico desplegado por el afiliado, entre otros elementos indispensables para determinar una protección razonable y proporcionada de los derechos eventuales como por ejemplo los índices de desempleo, los niveles de informalidad laboral o la ausencia o presencia de mecanismos de protección social supletorios[54].

57. Es posición de la Sala Novena de Revisión que la defensa de los derechos eventuales en el ámbito pensional impone el estudio de la situación jurídica particular, atendiendo a los aspectos relevantes del caso concreto y las características de la prestación cuya adquisición está próxima a realizarse. De esta manera puede suceder que en una situación resulte determinante el esfuerzo de cotización del afiliado, mientras que en otra ese elemento quede en un segundo plano tomando mayor importancia aspectos como la edad, el tiempo de servicio, el porcentaje exigido para la declaratoria de invalidez, e incluso la mayor o menor distancia en que se cumplirían la totalidad de presupuestos pensionales.

58. Finalmente, la Sala Novena de Revisión estima pertinente precisar que la defensa de los derechos eventuales y el empleo de la condición más beneficiosa no se restringen al campo de las garantías pensionales en un régimen contributivo. Estos principios son transversales a las distintas situaciones amparadas por los derechos del trabajo y la seguridad social. En ese orden, el alcance establecido por la Sala en esta ocasión no puede entenderse como una negación de su utilización en otras áreas del derecho de la seguridad social y el trabajo, ni como la delimitación general de las reglas aplicables a las diferentes situaciones pasibles de protección.

La protección de los derechos pensionales en curso de adquisición mediante la salvaguarda del esfuerzo laboral y económico de los potenciales beneficiarios de una pensión.

60. Sin embargo, la indicada separación funcional de los regímenes y prestaciones no es absoluta por las siguientes razones: (i) la connotación de sistema que envuelve la protección pensional implica que sus partes actúen de forma armónica con el todo, orientando su operatividad a la realización de los fines que determinan la instauración de un dispositivo de salvaguarda contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte; (ii) el sistema pensional se inserta en un conjunto más amplio de protección integral de seguridad social y se incrusta en el marco del ordenamiento constitucional, el que condiciona su diseño y funcionamiento, así como la interpretación de las normas jurídicas infraconstitucionales que lo componen y; (iii) en los regímenes contributivos el instrumento principal y común para el reconocimiento de las prestaciones está dado por la satisfacción de un mínimo de cotizaciones. Por esa razón el ordenamiento jurídico salvaguarda intensamente el esfuerzo económico (o laboral) realizado por los afiliados, y otorga efectividad a las cotizaciones en tanto mecanismo de consolidación de la protección pensional buscada por el derecho a la seguridad social en los ingresos, permitiendo que los aportes realizados en un régimen sean tenidos en cuenta en el otro al instante de establecer la satisfacción de los requisitos de acceso a las prestaciones.

61. La consideración expuesta resulta profundamente relevante en un sistema pensional como el establecido en la Ley 100 de 1993 en el que el reconocimiento de las prestaciones depende de la acumulación de una cantidad elevada de aportes (pensión de vejez en el régimen de ahorro individual), una carga de solidaridad intergeneracional importante (pensión de vejez en el régimen de reparto simple), o un mínimo de semanas de cotización que otorgue un estado de protección frente a la futura e incierta realización de las contingencias invalidez o muerte (pensiones de invalidez y sobrevivientes en cualquiera de los dos regímenes). Debido a que la satisfacción de estos requisitos puede resultar ardua y verse truncada por la informalidad de las relaciones laborales, los períodos prolongados de desempleo o la fluctuación de la capacidad contributiva de los afiliados (entre otros factores), el ordenamiento jurídico salvaguarda intensamente el esfuerzo económico realizado por las personas (que buscan la consolidación de las prestaciones) mediante la consagración de mecanismos de coordinación entre los distintos sistemas pensionales, y de las diferentes prestaciones entre sí.

62. En efecto, el artículo 2 de la Carta dispone que son fines esenciales del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”; el artículo 13 C.P. protege el esfuerzo de las personas en tanto criterio de reparto de las oportunidades, beneficios y cargas públicas; el artículo 53 inciso 5 C.P., en armonía con el parágrafo del artículo 334 C.P. establece la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores; mientras que los incisos 9 y 12 del artículo 48 C.P. otorgan efectividad y protección a las cotizaciones al disponer que estas necesariamente se tendrán en cuenta para el reconocimiento y liquidación de las prestaciones pensionales en los regímenes contributivos.

63. Esta faceta del principio de protección de los derechos en curso de consolidación también se encuentra consagrada en el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos y en distintos convenios bilaterales suscritos por el Estado colombiano. De esta manera el artículo 30 del Convenio 128 de la OIT relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes dispone que “La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes”. A su turno, para regular lo concerniente a las cotizaciones o periodos laborados por los trabajadores inmigrantes en vigencia de diversos sistemas pensionales nacionales, la OIT adoptó en 1982 el Convenio 157 sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social[55]. En líneas generales el Convenio distingue entre los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición, y dispone frente a estos últimos la totalización de los períodos de seguro, empleo, actividad profesional o residencia, según el caso, a fin de (i) la admisión al seguro voluntario o la continuación facultativa del seguro en cada Estado y; (ii) la adquisición, conservación o recuperación de los derechos pensionales, e incluso, el cálculo de las respectivas prestaciones.

64. En aplicación de este principio el Estado colombiano en diferentes tratados bilaterales sobre seguridad social se obligó a respetar los derechos en curso de adquisición de los extranjeros residentes en Colombia con el objeto de permitir la armonización y totalización de los requisitos pensionales satisfechos en uno u otro Estado firmante. Los anotados instrumentos internacionales consagran la efectividad de las cotizaciones efectuadas en cada nación para el reconocimiento de prestaciones económicas y la armonización de las normas jurídicas que reglan las prestaciones asistenciales y contributivas dirigidas a cubrir

las contingencias de invalidez, muerte y vejez. Al respecto pueden ser consultados, entre otros, los siguientes convenios: (i) el “Acuerdo sobre seguridad social con Uruguay”, aprobado por la Ley 826 de 2003 y declarado exequible mediante sentencia C- 279 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy); (ii) el “Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España”, aprobado a través de la Ley 1112 de 2006 y declarado exequible mediante sentencia C-858 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda) y; (iii) el “Convenio de seguridad social entre la República de Colombia y la República de Chile”, aprobado mediante Ley 1139 de 2007 y declarado exequible en sentencia C- 291 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

65. Igualmente, la efectividad de las cotizaciones y la defensa del esfuerzo económico de los afiliados a la seguridad social es amparada por el legislador nacional a través de (i) dispositivos de totalización de períodos cotizados en el sector público y privado[56]; (ii) la regla de efectividad de los períodos trabajados o cotizados en regímenes derogados[57]; (iii) el otorgamiento de eficacia a las aportaciones efectuadas en cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones[58] y; (iv) el criterio de utilidad del cumplimiento parcial de los requisitos de una prestación más exigente a la que se reclama[59].

66. Al igual que sucede con la defensa de las expectativas legítimas, la configuración del principio de efectividad de las cotizaciones y salvaguarda del esfuerzo económico de los afiliados al sistema de pensiones compete al legislador. Sin embargo, cuando este omite total o parcialmente el establecimiento de regulaciones normativas que permitan su operatividad, o habiéndolo hecho su aplicación al caso concreto se advierte problemática en términos de protección iusfundamental, el juez de la causa como intérprete del ordenamiento jurídico debe materializar, bajo determinados límites de razonabilidad y proporcionalidad, los objetivos o fines de protección que el sistema integral de seguridad social persigue en favor de las personas.

67. Las autoridades judiciales de las diversas jurisdicciones han aplicado el principio de efectividad de las cotizaciones al momento de resolver diversos problemas de aplicación e interpretación de la legislación pensional[60]. Empero, teniendo en cuenta el problema jurídico que la Corte debe resolver en esta oportunidad, la Sala únicamente se referirá a la regla jurisprudencial relativa a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 del ISS en los casos en

que el instituto no permite la acumulación de tiempos no cotizados directamente a dicha entidad. Pasa la Sala a pronunciarse sobre la materia.

La jurisprudencia nacional relativa a la posibilidad de acumular, al aplicar el Acuerdo 049 de 1990, el tiempo de servicio prestado a empleadores que no efectuaron cotizaciones al ISS, con los aportes realizados directamente a dicho instituto. Precedente constitucional sobre la materia.

68. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera invariable ha sostenido que al aplicar el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año únicamente es posible tomar en consideración las cotizaciones efectuadas directamente al ISS, bien sea por los servidores estatales o privados. La posición del Tribunal de Casación se apoya en la ausencia, en el Acuerdo 049 de 1990, de un dispositivo de acumulación de tiempos como los dispuestos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes) o en los artículos 13 y 33 de la Ley 100 de 1993. En otras palabras, la tesis de la Corte Suprema de Justicia descansa en la aplicación estricta del principio de conglobamento, pues para efecto de reconocer las prestaciones pensionales consagradas en el Acuerdo 049 de 1990 no permite la utilización de disposiciones jurídicas consignadas en regímenes jurídicos distintos a este. Al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia 23611 de 2004 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), reiterada posteriormente en sentencias 35792 de 2009 y 41672 de 2011 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz)[61], consignó lo siguiente:

“Importa precisar, por otro lado, que el citado parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser interpretado de manera aislada del resto de este artículo. Y de ese modo, resulta que para un beneficiario del sistema de transición allí consagrado, el número de semanas cotizadas será el establecido en el régimen anterior al cual se encontrare afiliado, de tal suerte que ese requisito deberá regularse en su integridad por las normas que gobernaban lo pertinente en el régimen pensional que al beneficiario le resultaba aplicable. Régimen que, para un trabajador afiliado al Seguro Social, corresponde al regulado por el Acuerdo 049 de 1990, que, en lo pertinente, en su artículo 12 exige para tener derecho a la pensión de vejez un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”[61]

se entiende que deben ser efectuadas al Seguro Social, por cuanto en el referido Acuerdo no existe una disposición que permita incluir en la suma de las semanas de cotización pertinentes las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se ríjan en su integridad por ella. Y si bien antes de la precitada norma se produjo una regulación normativa que permite la posibilidad de acumular los aportes sufragados a entidades de previsión social oficiales y los efectuados al Seguro Social, a través de lo que se ha dado en denominar pensión de jubilación por aportes, que ya se dijo es a la que en realidad aspira el actor, ello corresponde a una situación jurídica distinta de la planteada por el recurrente que, en todo caso, se halla regida por normas distintas al aludido Acuerdo 049 de 1990" (subrayado añadido).

69. Por su parte, a partir de la sentencia T-090 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto) la Corte Constitucional en una línea jurisprudencial pacífica y decantada ha sostenido que al resolver sobre el reconocimiento de una prestación consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 sí es posible tomar en consideración tiempos servidos a empleadores públicos o privados que no cotizaron directamente al régimen de prima media del extinto Instituto de Seguros Sociales, junto con los aportes efectuados a dicho instituto. Cabe precisar, sin embargo, que la tesis del Tribunal Constitucional no se ha fundado en los principios de amparo de los derechos en curso de adquisición y condición más beneficiosa, sino en el principio constitucional de indubio pro operario que obliga al operador jurídico a optar por la interpretación de la ley de la seguridad social que resulte más beneficiosa para el extremo débil de la relación jurídica (Supra 28).

70. En la sentencia T-090 de 2009 la Corte estudió el caso de una persona que solicitaba la pensión de vejez bajo la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pero a quien el ISS le había negado su reconocimiento argumentando que no resultaba posible acumular el tiempo prestado como servidor público no cotizado al ISS, con el aportado directamente al anotado instituto. Al resolver el asunto la Sala encontró que sobre la normatividad del Acuerdo 049 de 1990 concurrían dos interpretaciones razonables, una de las cuales permitía acumular el tiempo no cotizado al ISS con el aportado directamente a dicho instituto, mientras que la otra negaba esa posibilidad. Las posiciones hermenéuticas contrapuestas fueron explicadas por la Corporación así:

"21.- La Sala advierte que la presunta vulneración de los derechos fundamentales del peticionario surge de la existencia de dos interpretaciones acerca de la posibilidad de acumular tiempo laborado en entidades estatales, en virtud del cual no se efectuó cotización alguna, y aportes al ISS derivados de una relación laboral con un empleador particular, con el fin de obtener el número de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se es beneficiario del régimen de transición.||Una de las interpretaciones señala que el acuerdo 49 de 1990, norma que el actor pretende le sea aplicada en virtud del régimen de transición, nada dice acerca de la acumulación antes explicada, razón por la cual, si el peticionario desea que se le haga esta sumatoria, debe acogerse a los artículos de la ley 100 de 1993 que regulan los requisitos de la pensión de vejez, disposición que sí permite expresamente la acumulación que solicita (artículo 33, parágrafo 1). Tal conclusión es apoyada por el tenor literal del parágrafo 1 del artículo 33, que prescribe que las acumulaciones que prevé son sólo para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el artículo 33[62], lo que excluiría estas sumatorias para cualquier otra norma, en este caso, para el acuerdo 49 de 1990.||Como consecuencia de esta interpretación, el actor "perdería" los beneficios del régimen de transición pues debe regirse de forma integral por la ley 100 de 1993 para adquirir su pensión de vejez.

La otra interpretación posible se basa en el tenor literal del artículo 36 de la ley 100 de 1993 que regula el régimen de transición del cual es beneficiario el actor. Esta disposición señala que las personas que cumplan con las condiciones descritas en la norma[63] podrán adquirir la pensión de vejez con los requisitos de (i) edad, (ii) tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y (iii) monto de la pensión de vejez establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, y que las demás condiciones y requisitos de pensión serán los consagrados en el sistema general de pensiones, es decir, en la ley 100 de 1993. En este orden de ideas, por expresa disposición legal, el régimen de transición se circumscribe a tres ítems, dentro de los cuales no se encuentran las reglas para el cómputo de las semanas cotizadas, por lo tanto, deben ser aplicadas las del sistema general de pensiones, que se encuentran en el parágrafo 1 del artículo 33, norma que permite expresamente la acumulación solicitada por el actor".

71. Bajo tal perspectiva la Sala concluyó que en el asunto era necesario aplicar la interpretación más provechosa al afiliado de la seguridad social, pues se satisfacían los presupuestos jurisprudenciales dispuestos para ello. En ese sentido concedió la tutela

constitucional invocada, y ordenó al ISS que resolviera el asunto con fundamento en los requisitos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, totalizando los tiempos públicos no cotizados al ISS con los periodos aportados directamente al instituto. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que le asiste al ISS en lo concerniente al recaudo del respectivo soporte financiero mediante los instrumentos de coordinación administrativa existentes, o la declaratoria judicial a que haya lugar[64].

72. La posición adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-090 de 2009 ha sido acogida por las distintas salas de revisión de la Corte Constitucional en las sentencias T-398 de 2009[65], T-583 de 2010[66], T-695 de 2010[67], T-760 de 2010[68], T-093 de 2011[69], T-334 de 2011[70], T-559 de 2011[71], T-714 de 2011[72], T-100 de 2012[73] y T-360 de 2012[74], entre otras. La Sala Novena de Revisión acompaña la solución que la jurisprudencia constitucional a venido otorgando al asunto y por ello reitera en esta ocasión la anotada jurisprudencia. Sin embargo, a la luz de la sistematización de los principios protectores del derecho del trabajo efectuada en esta providencia, estima que el asunto puede ser justificado de una forma más adecuada en arreglo a los principios de protección de las expectativas legítimas y de amparo de los derechos en curso de adquisición.

73. En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegió los derechos eventuales o expectativas legítimas a una pensión de vejez “de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados”. En ese sentido dispuso que los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho a que los requisitos de edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez se rigen por la normatividad vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, en tanto que los demás aspectos estarán gobernados por las disposiciones del nuevo sistema integral de pensiones.

74. Entonces, no cabe duda que para los beneficiarios del régimen de transición que aspiran al reconocimiento de una pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (exige un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1000 semanas aportadas en cualquier tiempo) resulta aplicable la primera parte del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[75], mientras que en lo relativo a la financiación de la prestación (no su

reconocimiento) se debe dar trámite a lo consagrado en la segunda parte del anotado inciso y artículo[76], en armonía con el instrumento de totalización de tiempos y cotizaciones contenido en el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993[77]. Lo anterior si se tiene en cuenta que el referido mecanismo de acumulación tan solo representa un elemento instrumental de la pensión de vejez encaminado a la financiación de la prestación mediante el reparto de la responsabilidad de aportación que le corresponde a cada uno de los empleadores, cajas de previsión social o administradoras de pensiones, a través del pago del bono pensional respectivo.

75. La hipótesis señalada no vulnera el criterio de conglobamiento pues como se explicó el mismo no es de carácter absoluto, encontrando excepciones en diversas hipótesis legislativas y jurisprudenciales (Supra 29 a 31). Así, en esta oportunidad la aplicación de dos regímenes normativos distintos se encuentra habilitada por el propio legislador en tanto herramienta de salvaguarda de las expectativas legítimas de acceder a una pensión de vejez y de protección de los derechos en curso de adquisición. Con todo, la Sala precisa que la posibilidad de totalización de tiempos laborados o cotizaciones opera incluso en ausencia de habilitación legislativa ya que la protección de las expectativas legítimas y de los derechos en curso de adquisición se encuentra garantizada en la Constitución Política, por lo que siempre será procedente la aplicación directa de la norma superior para ordenar la mencionada acumulación, sin perjuicio de la facultad que le asiste al obligado en lo concerniente al recaudo del soporte financiero a través de los instrumentos de coordinación administrativa existentes o la declaratoria judicial a que haya lugar.

#### Del caso concreto

Del cumplimiento de los presupuestos procesales de la acción de tutela (procedibilidad formal) formulada contra la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla acusada en el presente trámite

76. La consagración de los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales parte de la premisa según la cual los medios ordinarios de defensa judicial previstos por el legislador son idóneos y eficaces, en términos generales, para la protección de todos los derechos, incluidos los de rango constitucional; asume el respeto de esos medios como una exigencia del principio democrático, en la medida que la

Constitución concede al Congreso de la República la facultad más amplia de configuración del derecho procedural; adopta un compromiso con el debido proceso en la faceta de juez natural y el principio de especialidad de jurisdicción, en cuanto en los trámites ordinarios se efectúa el más extenso debate probatorio y se concreta el contenido normativo de las disposiciones infraconstitucionales mediante el ejercicio interpretativo realizado por el respectivo órgano de cierre de cada jurisdicción y; establece un equilibrio entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, y la protección privilegiada de los derechos fundamentales. Por ese conjunto de consideraciones, cuando la acción de tutela se dirige contra providencias judiciales su estudio debe realizarse con especial rigor.

77. Empero, la Corte Constitucional también ha señalado que el análisis formal de procedibilidad, independientemente del escenario en que se ejercite la acción de tutela, debe efectuarse en arreglo a las particularidades fácticas y normativas que rodean el asunto iusfundamental concreto. En ese sentido, la Sala estima imprescindible tomar en cuenta que el artículo 1 de la Constitución Política identifica al Estado colombiano como Social de Derecho. Este principio se proyecta de forma inmediata en los incisos 2 y 3 del artículo 13 superior, los que ordenan la superación de las desigualdades materiales existentes, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, y la salvaguarda reforzada de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Adicionalmente, es pertinente indicar que el artículo 229 superior garantiza el derecho de toda persona a acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia.

79. Bajo tal perspectiva, es necesario tener en cuenta que aunque el amparo constitucional se dirige en el presente caso contra una providencia judicial, el trasfondo del asunto implica la discusión sobre la garantía adecuada de un derecho pensional de carácter vitalicio que no estaría satisfecho (pensión de vejez). Esta consideración resulta de la mayor relevancia ya que los beneficiarios de la pensión de vejez son por regla general personas con importantes grados de vulnerabilidad en razón de su pérdida de capacidad laboral y el deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la tercera edad, lo que les impide realizar actividades económicas productivas que reviertan en la posibilidad de asegurar el mínimo vital en una de las etapas de la vida en las que se requiere mayor apoyo

y protección social.

80. Exigir en este contexto idénticas cargas procesales a personas que a causa de su avanzada edad soportan diferencias materiales relevantes frente a quienes no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al derecho al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones. Atendiendo a dicha realidad y a la obligación de analizar la procedibilidad de la acción de tutela en arreglo a las condiciones fácticas y normativas del caso concreto, la Corte Constitucional ha adoptado posiciones jurisprudenciales diferenciales en relación con las reglas formales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales que buscan en última instancia el amparo de derechos de naturaleza pensional. De este modo, en múltiples casos la Corte ha flexibilizado ostensiblemente el análisis de los presupuestos de inmediatez[78] y subsidiariedad. Lo anterior por cuanto, como se ha dicho, este colectivo ha tenido que asumir cargas que se advierten profundamente desproporcionadas para quienes, paradójicamente, la Constitución ordena una especial protección.

Realizadas las anteriores precisiones, pasa la Sala Novena de Revisión a efectuar el estudio formal de procedibilidad.

#### Relevancia Constitucional

81. El asunto planteado a esta Sala de Revisión posee relevancia constitucional en tanto hace referencia a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social en su contenido de acceso a una pensión de vejez.

#### El agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios

82. Frente al recurso extraordinario de casación, la Sala precisa que el numeral segundo del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo señala que en materia laboral el recurso de casación procede por los siguientes motivos: “2. Contener la sentencia de decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia, o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta”. De ahí que las providencias emitidas en ejercicio del grado jurisdiccional referido solo son pasibles de casación cuando los fallos sean más gravosos para la entidad territorial o el trabajador derrotado, que la sentencia de

única instancia. Bajo estos presupuestos los proveídos de consulta no tienen cuantía para estudiar la procedencia del citado recurso extraordinario.

83. En el caso concreto, la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla fue desfavorable en todo sentido para la demandante, escenario que se confirmó con el fallo de la Sala Laboral del Tribunal Superior de esa ciudad, de modo que la autoridad judicial accionada no agravó la situación de la señora Peinado Castro. Por lo tanto se concluye que el fallo de consulta no era posible de ese medio extraordinario de defensa judicial, comoquiera que no concurren las causales de procedencia casacional necesarias para ello[79].

Atendido a este panorama la Sala encuentra cumplido el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

#### El principio de inmediatez

84. En criterio de la Sala Novena de Revisión en el presente caso se cumple el requisito de inmediatez, pues la Corte ha precisado que tratándose de acciones de amparo que envuelvan la protección de un derecho fundamental de naturaleza pensional cuyo cumplimiento es producto de una obligación de trato sucesivo, el presupuesto de inmediatez se entiende satisfecho mientras no se haya protegido el mismo, ya que en este caso la vulneración iusfundamental se torna constante.[80]

85. Este requisito no es aplicable al caso concreto pues la irregularidad que se alega es de carácter sustancial.

Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.

86. Como se expuso en los antecedentes de esta sentencia y en el planteamiento del problema jurídico, la accionante logró estructuras tres cargos constitucionales contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que negó el reconocimiento de la pensión de vejez pretendida. De este modo se encuentra satisfecho el requisito.

Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela.

87. Al respecto, basta señalar que la sentencia judicial que se considera vulneratoria de los derechos fundamentales se produjo en el escenario del proceso ordinario laboral.

Del estudio de fondo de la acción de tutela contra las sentencias acusadas en el proceso de la referencia.

88. La Sala enfocará su estudio en lo resuelto por el Tribunal Superior de Barranquilla en la medida que como juez de consulta tenía la función de corregir o mantener los fundamentos y sentido de la sentencia dictada en única instancia por el Juzgado Octavo Laboral de la misma ciudad, sin perjuicio de las referencias necesarias a la decisión del juez a quo ordinario que efectuará la Corporación. Igualmente, la Sala Novena de Revisión encuentra que los argumentos que debe emplear para solucionar los problemas jurídicos formulados en esta oportunidad contienen elementos que permiten su empleo concurrente. Por esa razón la Sala analizará de forma conjunta los siguientes reproches (i) defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria del documento aportado para acreditar el presunto tiempo de servicio prestado por la demandante en la alcaldía municipal de Chiriguaná; (ii) defecto por ausencia de motivación de la decisión judicial, en particular por no señalar las razones que condujeron a la no valoración del documento probatorio recién anotado y; (iii) defecto sustantivo por falta de aplicación de la segunda parte del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el parágrafo primero del artículo 33 de la misma legislación.

89. Vistos los problemas jurídicos formulados y las pruebas aportadas al proceso de tutela, la Sala encuentra que los reproches presentados contra la sentencia dictada en grado jurisdiccional de consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla en el trámite ordinario de Beatriz Elena Peinado contra el Instituto de Seguros Sociales están llamados a prosperar, por las siguientes razones:

90. Mediante auto del 26 de septiembre de 2013 el Magistrado sustanciador ordenó al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla la remisión a esta Corporación, en calidad de préstamo, del expediente contentivo del proceso ordinario laboral de Beatriz Elena Peinado Castro contra el Instituto de Seguros Sociales, radicado bajo el número 2009-00364 de ese Despacho. Revisado el expediente ordinario la Sala constata que en el acápite de pruebas del escrito de demanda se relaciona el documento denominado "C)

Certificado de tiempo laborado en la Alcaldía de Chiriguaná-Cesar", el que se observa a folio 8 del proceso.

91. El documento aportado se encuentra suscrito por quien se identifica como José Miguel Rojas Rangel en su condición de Jefe de Talento Humano y Administrativo, y contiene la siguiente información:

"El Jefe de la Unidad de Talento Humano y Servicios Administrativos del Municipio de Chiriguaná-Cesar.

Certifica:

Que la Señora Beatriz Elena Peinado Castro, identificada con cédula de ciudadanía No. 26.732.073 de Chiriguaná-Cesar, laboró para el Municipio de Chiriguaná-Cesar, NIT. 800096585-0, en los siguientes cargos:

- Oficial Mayor de la Alcaldía Municipal, desde el diecinueve (19) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) nombrada mediante Decreto No. 007 registrado en el Libro de Acta de posesión, foliado No. 10 de fecha enero diecinueve (19) de 1968 siendo alcalde del municipio de Chiriguaná para la época el señor Honorio Hernández, hasta el treinta y uno (31) de julio de mil novecientos sesenta y ocho (1968), la remplaza el señor Hernando Peinado Castro, quien se posiona el primero (1°) de agosto de mil novecientos sesenta y ocho (1968) como Interino Oficial Mayor de la Alcaldía Municipal, mediante Decreto Mo. 56 del primero (1°) de agosto de 1968, registrado en el Libro Acta de Posesión folio 138 del mismo año.
- Se posiona el diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) como Tesorera Municipal, en remplazo del señor Cástulo Batista, mediante Acta de Posesión No. 166 y Decreto de Nombramiento No. 56 de julio cinco (05) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), con sueldo devengado de cincuenta y cinco mil pesos M/L. (\$55.00, 00). Siendo alcalde del Municipio de Chiriguaná, el señor Pedro A. García Peña, hasta el ocho (08) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), la remplazó el señor José Manuel Martínez Cuello, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.559.747 de Bucaramanga, según Acta de Posesión No. 361- del Libro de Actas.

Dado en el Municipio de Chiriguaná-Cesar, a los once (11) días del mes de septiembre de dos mil ocho (2008)".

92. Posteriormente, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla al dictar sentencia en audiencia del 25 de junio de 2010 no incluyó el anterior documento al momento de contabilizar las semanas indispensables para acceder al derecho pensional pretendido por la actora, ni señaló las razones de su conducta omisiva, pues solo se refirió a los documentos que acreditaron las cotizaciones realizadas directamente al ISS y los períodos en mora de traslado por uno de los empleadores de la accionante. Al respecto manifestó: "En lo atinente a las semanas cotizadas según los reportes de las mismas aportados por la demandante y la demandada obrantes a folios 10 a 16; 54 y 57 a 60, se observa no se encuentran acreditadas las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir entre el 16 de octubre de 1984 al 16 de octubre de 2004, tiempo en que debió cotizar las 500 semanas y el actor solo cotizó 401.05, sumándole 77.14 semanas las cuales se encontraban en mora el empleador Pedro José García, suman un total de 478.19 semanas, ni cotizó las 1000 semanas, exigidas por la ley en comento, incumpliéndose las exigencias fácticas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, en tal virtud, se estima que no se accederá a su pedimento y, como consecuencia, se absolverá al demandado de los cargos incoados en el libelo de la demanda" (énfasis añadido).

93. A su turno, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla en sentencia que decidió el grado jurisdiccional de consulta, incurrió en una conducta similar a la desplegada por el Juzgado de instancia, ya que igualmente se abstuvo de incluir en el cómputo de densidad de cotización el documento visible a folio 8 del expediente ordinario, sin ofrecer razón alguna que justificara dicho proceder. En ese sentido el Tribunal señaló: "De lo anterior, la Sala advierte que es acertada la decisión de la Juez A quo, al estimar de acuerdo a la situación fáctica y jurídica del caso que la actora no es acreedora del derecho pensional deprecado, pues en el plenario se demuestra a partir de las pruebas documentales obrantes en el expediente, entre ellas reportes de semanas cotizadas visibles a folios 10 a 16, 54 y, 57 a 60, que del total de semanas cotizadas, tan solo 478.19, corresponden a los últimos veinte (20) años anteriores a la fecha en que cumplió la edad mínima exigida por la norma legal, <16 de octubre de 2004>, es decir, el periodo comprendido entre 16/10/1984 y 16/10/2004, y por lo tanto, no cumple con los requisitos

establecidos en la ley" (énfasis añadido).

94. En relación con el documento objeto de controversia, esto es el alusivo al "Certificado de tiempo laborado en la Alcaldía de Chiriguaná-Cesar", es pertinente precisar que la peticionaria lo relacionó en el acápite de pruebas de la demanda y lo incluyó dentro de los anexos de esta. Al descorrer el término de traslado de la demanda el representante del ISS solicitó al Juzgado en el aparte de pruebas, "oficiar a la Alcaldía de Chiriguaná-Cesar para que certifique los tiempos laborados en esa entidad y manifieste a qué administradora afilió a la demandante" (fl. 40 Ord.). En audiencia de conciliación y fijación del litigio celebrada el 13 de mayo de 2009 la señora Juez Adjunta al Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla en relación con las pruebas solicitadas por la parte demandante decretó: "1. Téngase como pruebas las documentales aportadas con la demanda (...)" mientras que al resolver sobre las pruebas de la parte demandada ofició únicamente al ISS para que presentara reporte de semanas cotizadas y el certificado de deuda de la empresa Pedro José García García, como ex empleador de la accionante.

96. Visto lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación y el análisis probatorio referido, la Corte concluye que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico por ausencia de valoración probatoria del documento aportado para acreditar el tiempo de servicio prestado por la demandante en la alcaldía municipal de Chiriguaná, y en defecto por ausencia de motivación de la decisión judicial, en particular por no señalar las razones que condujeron a la no valoración del documento probatorio recién anotado (Supra 18, 19, 22 y 23).

97. La incursión en los anteriores defectos condujeron a su vez a la ocurrencia de un defecto sustantivo por falta de aplicación de la segunda parte del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el párrafo 1 del artículo 33 de la misma legislación (Supra 25). En efecto, de haberse teniendo en cuenta el reporte de tiempos de la Alcaldía de Chiriguaná, la aplicación de las normas contenidas en las anotadas disposiciones se habría hecho indispensable para salvaguardar las expectativas legítimas de acceder a una pensión de vejez de la actora, amparadas por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como para garantizar los derechos en curso de adquisición de la accionante mediante la totalización entre el tiempo servido en la administración de Chiriguaná y los aportes efectuados directamente ante el

ISS por la actora y sus restantes empleadores.

98. Como se señaló en los fundamentos normativos de esta sentencia, “no cabe duda que para los beneficiarios del régimen de transición que aspiran al reconocimiento de una pensión de vejez en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (exige un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1000 semanas aportadas en cualquier tiempo) resulta aplicable la primera parte del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993[81], mientras que en lo relativo a la financiación de la prestación (no su reconocimiento) se debe dar trámite a lo consagrado en la segunda parte del anotado inciso y artículo[82], en armonía con el instrumento de totalización de tiempos y cotizaciones contenido en el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993[83]. Lo anterior si se tiene en cuenta que el referido mecanismo de acumulación tan solo representa un elemento instrumental de la pensión de vejez encaminado a la financiación de la prestación mediante el reparto de la responsabilidad de aportación que le corresponde a cada uno de los empleadores, cajas de previsión social o administradoras de pensiones, a través del pago del bono pensional respectivo” (Supra 74).

99. Asimismo, se precisó que “La hipótesis señalada no vulnera el criterio de conglobamiento pues como se explicó el mismo no es de carácter absoluto, encontrando excepciones en diversas hipótesis legislativas y jurisprudenciales (Supra 29 a 31). Así, en esta oportunidad la aplicación de dos regímenes normativos distintos se encuentra habilitada por el propio legislador en tanto herramienta de salvaguarda de las expectativas legítimas de acceder a una pensión de vejez y de protección de los derechos en curso de adquisición. Con todo, la Sala precisa que la posibilidad de totalización de tiempos laborados o cotizaciones opera incluso en ausencia de habilitación legislativa ya que la protección de las expectativas legítimas y de los derechos en curso de adquisición se encuentra garantizada en la Constitución Política, por lo que siempre será procedente la aplicación directa de la norma superior para ordenar la mencionada acumulación, sin perjuicio de la facultad que le asiste al obligado en lo concerniente al recaudo del soporte financiero a través de los instrumentos de coordinación administrativa existentes o la declaratoria judicial a que haya lugar” (Supra 75).

100. En ese orden de ideas la Sala Novena de Revisión concederá la tutela de los derechos

fundamentales al debido proceso y a la seguridad social en su faceta de garantía a los ingresos pensionales de la señora Peinado Castro. En consecuencia, dejará sin valor y efecto la sentencia proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, y ordenará a esa autoridad judicial que dicte un nuevo fallo tomando en cuenta las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta sentencia. En ese sentido, al proferir su decisión el Tribunal deberá establecer el valor probatorio de la certificación allegada al expediente por la solicitante, y de encontrarla admisible deberá incluir, para efecto de analizar el cumplimiento del requisito de aportación o cotización previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 del ISS, los tiempos certificados al municipio de Chiriguaná, junto con los aportes efectuados directamente a dicho instituto por la accionante o sus empleadores.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

Primero.- Revocar la sentencia denegatoria de amparo proferida en el asunto de la referencia en única instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 17 de abril de 2013, y en su lugar, conceder la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social en su faceta de garantía a los ingresos pensionales de la señora Beatriz Elena Peinado Castro.

Segundo.- Dejar sin efecto la sentencia proferida por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla el 28 de febrero de 2011, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Beatriz Elena Peinado Castro contra el Instituto de Seguros Sociales, radicado bajo el número 39.528(E) de ese Despacho o 2009-00364 del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla.

Tercero.- Ordenar a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia, dentro del proceso ordinario laboral identificado en el numeral segundo de la parte resolutiva de esta sentencia, en la que tome en cuenta las consideraciones contenidas

en la parte motiva de esta providencia. En ese sentido, al proferir su decisión el Tribunal deberá establecer el valor probatorio de la certificación allegada al expediente por la solicitante, y de encontrarla admisible deberá incluir, para efecto de analizar el cumplimiento del requisito de aportación o cotización previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 del ISS, los tiempos certificados al municipio de Chiriguaná, junto con los aportes efectuados directamente al referido instituto por la accionante o sus empleadores.

Cuarto.- Ordenar que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] Teniendo en cuenta que se trata de una reiteración jurisprudencial, la Sala replicará la línea jurisprudencial sobre este tópico contenida en la sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[2] Cfr. Sentencias T-006 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández), T-079 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) relativas a la doctrina de la vía de hecho judicial; posteriormente, las sentencias SU-014 de 2001 (vía de hecho por consecuencia o error

inducido) y T-1180 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy) (desconocimiento del precedente) llevaron a plantear la posibilidad de que se produjeran fallos judiciales que, sin ser arbitrarios y caprichosos llevaran a la vulneración de derechos fundamentales; finalmente, la doctrina de las causales genéricas de procedencia se establecieron los fallos T-441 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-771 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy) y T-949 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-701 de 2004 (Rodrigo Uprimny Yepes), doctrina que fue sistematizada por la sentencia de Sala Plena C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), que en esta ocasión se reitera.

[3] Cfr. Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[4] Sobre la función de la Corte en el ejercicio de la revisión de fallos de tutela, ver la sentencia C-018 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y los autos A-034 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández) y A-220 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[5] Sobre la estructura de los derechos fundamentales, resultan especialmente ilustrativas las sentencias T-576 de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda), relativas al carácter fundamental del derecho a la salud.

[6] Sobre la importancia de la unificación de la jurisprudencia constitucional y su relación con el principio de igualdad, ver sentencias T-292 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda), C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-566 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[7] Ver, sentencias C-560 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-1290 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

[8] Siempre, siguiendo la exposición de la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[9] Ver sentencias T-173 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández) y C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[10] Esta regla se desprende de la función unificadora de la Corte Constitucional, ejercida a través de sus Salas de Selección. Así, debe entenderse que si un proceso no fue

seleccionado por la Corte para su revisión, se encuentra acorde con los derechos fundamentales.

[11] Hace referencia a la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

[12] Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Ver, sentencia C-590 de 2005); igualmente, los fallos T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-079 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[13] El defecto procedural absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido. Al respecto, ver sentencias T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-159 de 2002 (Manuel José Cepeda), T-196 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-996 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas), T-937 de 2001 (Manuel José Cepeda).

[14] Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

[15] También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público. Ver, principalmente, sentencias SU-014 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica), T-1180 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy) y SU-846 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[16] En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver T-114 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[17] Se presenta cuando “la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”. Ver

sentencias SU-640 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-168 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[18] Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contraria a la constitución, sentencias SU-1184 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1625 de 2000 (M.P. Martha Victoria Sáchica) y T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver, sentencia T-522 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda).

[19] Ver Sentencia T-701 de 2004 (Rodrigo Uprimny Yepes).

[20] Cfr. Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[21] Teniendo en cuenta que se trata de una reiteración jurisprudencial, la Sala replicará la línea jurisprudencial sobre este tópico contenida en la sentencia T-261 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[22] Sentencia T-902 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy).

[23] Teniendo en cuenta que se trata de una reiteración jurisprudencial, la Sala replicará la línea jurisprudencial sobre este tópico contenida en la sentencia T-261 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[24] Sentencia T-709 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

[25] Teniendo en cuenta que se trata de una reiteración jurisprudencial, la Sala replicará la línea jurisprudencial sobre este tópico contenida en la sentencia T-261 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[26] El defecto sustantivo, como causal genérica de procedencia de la acción de tutela ha sido ampliamente estudiado por la Corte. Para una exposición completa del tema, ver los fallos SU-159 de 2002 (Manuel José Cepeda), C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-018 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-757 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[27] Cfr. Sentencia T-573 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía).

[28] Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), pueden consultarse, entre varias, la sentencia T-008 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[29] Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 (M.P. Jairo Charry Rivas). Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

[30] Cfr., la sentencia C-984 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[31] Sentencia SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda).

[32] El siguiente es el contenido del artículo 272 de la Ley 100 de 1993. “Aplicación preferencial. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.||En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”. Sin perjuicio de estos principios, en el campo de los derechos a la seguridad social y al trabajo también opera el principio de retrospectividad de la ley, el que sin embargo no se abordará en esta oportunidad. Sobre el contenido de este precepto puede consultarse la sentencia T-110 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas)

[33] En esa dirección el Tribunal señaló: “en los casos en los cuales procede la aplicación de la indexación para el salario base de las pensiones legales, distintas a las consagradas en la ley de seguridad social, o de aquellas no sujetas a su artículo 36, causadas a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, deben tomarse como pautas las consagradas en la mencionada Ley 100 de 1993; esto es, actualizando el IBL anualmente con el índice de precios al consumidor”. En este punto es necesario precisar que la jurisprudencia en vigor de la Sala de Casación Laboral se opone a la indexación de la primera mesada pensional de prestaciones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí ordena dicho reconocimiento incluso en prestaciones consolidadas en vigor de la Constitución de 1886. Al respecto puede ser consultada la sentencia T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), entre muchas otras.

[34] Para una mejor comprensión de esta figura es necesario recordar la habitual distinción entre disposición y norma jurídica empleada por esta Corporación. En esa dirección, la Corte ha precisado que una misma disposición jurídica puede contener diversas normas jurídicas o interpretaciones. La norma jurídica en realidad es el resultado de la disposición jurídica interpretada. Al respecto, es necesario tener en cuenta que las expresiones texto legal, disposición jurídica y enunciado normativo, son sinónimas; y que los términos norma jurídica, contenido normativo e interpretación, lo son igualmente entre sí. Para mayor ilustración conviene traer a cita un fragmento de la sentencia C-987 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas), en la que se precisó: “Hay que acudir a la distinción, acogida por la doctrina y frecuentemente empleada por esta Corporación entre disposición y norma pues es claro que con frecuencia el control de constitucionalidad no recae sobre un texto legal (disposición o enunciado normativo) sino sobre su interpretación (norma o contenido normativo), por lo tanto, en principio no siempre que la demanda de constitucionalidad verse sobre la interpretación de una disposición resultaría infundada, sin embargo, la interpretación que se acusa debe ser plausible y además debe desprenderse del enunciado normativo acusado. La falta de estas características se traduce en la ausencia del requisito de certeza en la formulación de los cargo”.

[35] La Sala de Casación Laboral ha circunscrito esta posibilidad a la duda que surge al interpretar una misma disposición jurídica. Sin embargo, en criterio de la Sala la posibilidad de incertidumbre en el marco interpretativo también se presenta ante la presencia de una pluralidad de disposiciones jurídicas, pues no en pocos casos el intérprete se ve forzado a derivar una norma jurídica a partir de distintos textos legales.

[36] Cfr. Sentencia T-1268 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda).

[37] Esta imposibilidad de aplicar los principios de favorabilidad e in dubio pro operario en el escenario de la prueba de los hechos no se opone, sin embargo, al uso de estándares flexibles en materia probatoria laboral y de la seguridad social.

[38] En ese sentido en sentencia C-168 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte indicó lo siguiente: “El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en

su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador" (énfasis añadido).

[39] El siguiente es el texto del artículo 53 de la Constitución Política: "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.||El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.||Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.|| La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

[40] En la sentencia C-789 de 2002 la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que consagra el régimen de transición para la pensión de vejez en el régimen de prima media, y contempla su pérdida para quienes se trasladan al régimen de ahorro individual con solidaridad. Como el régimen de transición permite a sus beneficiarios acceder a la pensión de vejez bajo los requisitos consagrados en la normatividad derogada, el actor sostenía que el mencionado régimen de cambio no representaba una mera expectativa sino un derecho adquirido frente a las personas que habían alcanzado los presupuestos de ingreso al mismo, es decir: (i) tener 35 años de edad en el caso de las mujeres o 40 en el de los hombres o, (ii) independientemente de su edad y género, haber

cotizado o prestado servicios durante 15 años o más. Todo lo anterior al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993. La Corte había empleado la expresión “expectativa legítima” pero en otro sentido y contexto, en particular en el escenario del respeto por el precedente judicial, asignándole un contenido diverso del aquí plasmado.

[41] El acto legislativo 01 de 2005 en su artículo 1 adicionó un párrafo 4 transitorio al artículo 48 de la Constitución: “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. Asimismo, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se estableció en su artículo 36 un régimen de transición para las pensiones de jubilación cubiertas por los regímenes normativos que aquella derogó.

[42] La ley 790 de 2002 “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, en su artículo 12 estableció el derecho a la estabilidad laboral reforzada de aquellos servidores públicos que al momento de la liquidación de la respectiva entidad, tuvieran la condición de personas con limitaciones físicas, mentales visuales o auditivas, madres cabeza de familia sin alternativa económica, o prepensionados, es decir, sujetos que estuviesen próximos a obtener su jubilación de vejez. Empero, es necesario precisar que recientemente en sentencia SU-897 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada) la Sala Plena de la Corte estimó que la salvaguarda de las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse que hacen parte del retén social no se salvaguarda mediante la tutela de la estabilidad laboral, sino a través de la garantía del derecho a la seguridad social. El Pleno de la Corte consideró que en estos casos lo procedente es disponer el traslado de los aportes o cotizaciones faltantes para el reconocimiento de la pensión, por parte del empleador, más no el reintegro en el cargo.

[43] La derogada Ley 171 de 1961 estableció una pensión sanción a cargo de aquellos empleadores privados que teniendo a su cargo los riesgos pensionales, despidieran sin justa causa a sus trabajadores luego de 10 años de servicios prestados a la empresa. Al respecto el artículo 8 de la ley en comento señala: “El trabajador que sin justa causa sea despedido

del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.||Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad. (...)".

[45] El alcance y grado de protección de las expectativas legítimas también ha sido objeto de estudio por las salas de revisión de la Corte Constitucional en el escenario del retén social. En sentencia T-009 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) la Sala Sexta de Revisión conoció el caso de una trabajadora que buscaba el reintegro a su lugar de trabajo alegando la cercanía entre la fecha de su despido y el momento en que alcanzaría la totalidad de requisitos indispensables para acceder a una pensión de jubilación. Al trazar los fundamentos normativos de su decisión la Sala Sexta se refirió a las expectativas legítimas en los términos que siguen: "La jurisprudencia constitucional ha establecido una diferencia inequívoca entre las meras expectativas y aquellas expectativas legítimas y previsibles de adquisición de un derecho, para concluir que mientras las primeras no son objeto de protección constitucional, las segundas gozan de un privilegio especial proveniente de la Carta.||Los mecanismos de protección de las expectativas legítimas de adquisición de derechos sociales se fundan en el reconocimiento de la calidad de los aspirantes. En efecto, estos mecanismos protegen las esperanzas de personas que ingresaron a trabajar con anticipación considerable, que han cotizado al sistema por lo menos la mitad de su vida laboral y han cifrado parte de su futuro en un retiro próximo, con el anhelo de disfrutar del mismo hasta una edad probable promedio. No son, pues, las expectativas lejanas de quienes apenas se vinculan al mercado laboral, empiezan a cotizar al régimen de pensiones o guardan energías para diseñar su retiro en un futuro incierto.||Aunque en este punto es evidente que es al legislador al que le corresponde determinar quiénes están más cerca o más lejos de adquirir el derecho a la pensión, también lo es que, una vez se establece la diferencia, los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad imponen un

tratamiento más benigno para quienes más cerca están de pensionarse. De allí que se justifique que sus expectativas de adquisición sean protegidas con mayor rigor que las comunes, y que se les permita pensionarse de conformidad con el régimen al cual inicialmente se acogieron.”. En el caso concreto la Sala de Revisión decidió conceder el amparo del derecho a la estabilidad laboral de la accionante, pues consideró que ese era el mecanismo apropiado para resguardar las expectativas legítimas consolidadas de la actora, quien se hallaba próxima a cumplir los requisitos de reconocimiento de una pensión de jubilación. Al respecto la Sala señaló: “En este caso es claro que desvincular a la peticionaria faltándole algo más de un año para pensionarse, después que la misma trabajó más de 20 años al servicio de la entidad, resulta una medida que afecta prima facie el derecho al respeto de las expectativas próximas a consolidarse, y, de contera, de los derechos derivados de recibir una pensión.”. Sobre este tópico también pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-1239 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-435 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto). Empero, es necesario precisar que recientemente en sentencia SU-897 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada) la Sala Plena de la Corte estimó que la salvaguarda de las expectativas legítimas de las personas próximas a pensionarse que hacen parte del retén social no se salvaguarda mediante la tutela de la estabilidad laboral, sino a través de la garantía del derecho a la seguridad social. El Pleno de la Corte consideró que en estos casos lo procedente es disponer el traslado de los aportes o cotizaciones faltantes para el reconocimiento de la pensión, por parte del empleador, más no el reintegro en el cargo.

[46] En relación con este aspecto la Sala de Casación Laboral en sentencia 32642 del 9 de diciembre de 2008 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón) manifestó lo siguiente: “Pues bien, en la perspectiva relativa en la que se ha concebido la regla no explícita de la condición más beneficiosa, la Corte ha delimitado su aplicación con vista en la necesidad de preservar la sostenibilidad del sistema de seguridad social, de manera que no se quebrante su estructura financiera con la imposición de obligaciones ilimitadas, no incluidas en los cálculos actuariales que imprescindiblemente han de tenerse en cuenta. Es por ello, que la Sala de Casación Laboral ha considerado que la condición más beneficiosa requiere de un análisis comparativo de la situación en que se encuentra un afiliado al sistema de la seguridad social, con relación a la norma derogada por la que ha de aplicarse en virtud de las reglas generales de vigencia de la ley en el tiempo.||En otras palabras, no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier

norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho. Más explícitamente, un asunto al que ha de aplicarse la Ley 797 de 2003, o la 860 del mismo año, si se considera más rigurosa ésta frente a la norma reemplazada, es preciso establecer si se satisficieron los requisitos y condiciones de la derogada disposición para, en caso afirmativo, hacer valer la condición más beneficiosa. Lo que no puede el juez es desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la Ley 100 de 1993 que haya precedido -a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle un especie de efectos “plusultractivos”, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica”.

[47] La Sala no fija postura en relación con la operatividad o no del criterio de sostenibilidad fiscal en el escenario del juicio abstracto de constitucionalidad, pues el presente caso no refiere un problema jurídico de esas características. Lo que interesa a la Sala en esta oportunidad, es evaluar la incidencia o no del criterio de sostenibilidad en el escenario del juicio concreto, en particular su relación o no con el principio de la condición más beneficiosa al trabajador. La sala precisa, igualmente, que la operatividad del incidente de impacto fiscal está supeditada a la existencia de desarrollo legislativo sobre la materia.

[48] Consideraciones semejantes fueron las que llevaron a la Corte a declarar la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2011. Sobre este punto la Sala Plena manifestó: “Estas premisas, a su vez, hacen compatible al incidente de sostenibilidad fiscal con la separación de poderes y la autonomía judicial que le es aneja. Nótese que no existe en el procedimiento constitucional objeto de análisis ninguna instancia o instrumento que despoje a las altas cortes de adoptar las decisiones que consideren necesarias y pertinentes a la luz de la protección de los derechos constitucionales, tanto en la etapa de fallo como en la definición de las órdenes particulares para el goce efectivos de los derechos fundamentales vulnerados. Entonces, no hay lugar a señalar que las competencias funcionales del juez han sido usurpadas, condición indispensable para concluir la afectación del principio de separación de poderes y mucho más aún la sustitución de ese elemento definitorio de la Constitución”.

[49] En relación con este tópico la sentencia C-288 de 2012 precisó: “Del mismo modo, no existen razones que permitan válidamente inferir que la norma demandada, en cuanto prevé el incidente de sostenibilidad fiscal, sustituya el principio de separación de poderes y la independencia y autonomía judicial. Esto debido a que ese procedimiento (i) es una instancia de interlocución entre los poderes públicos, que se explica en el principio de colaboración armónica; (ii) no usurpa la función judicial, pues se limita al debate en sede judicial de los efectos de las sentencias que profieren las altas cortes, y no de las decisiones que protegen derechos, las cuales están cobijadas por los efectos de la cosa juzgada y son, por ende, inmodificables; y (iii) implica que las altas cortes conservan la competencia para decidir, en condiciones de independencia y autonomía, si procede la modificación, modulación o diferimiento de tales efectos, o si estos deben mantenerse incólumes en su formulación original”.

[50] Una tesis en sentido semejante ha sido expresada últimamente por la Sala de Casación Laboral, la cual en múltiples sentencias ha manifestado su preocupación por la ausencia de un régimen de transición en relación con la pensión de invalidez, lo que la ha llevado a aplicar estrictamente los principios protectores de los derechos del trabajo y seguridad social. Al respecto pueden ser consultadas las sentencias 24280 del 5 de julio de 2005, 30581 del 9 de julio de 2008 y, en especial, la sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011.

[51] Una consideración semejante fue expuesta por el Pleno de la Corte en la sentencia C-227 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda) al estudiar la demanda de constitucionalidad formulada contra la expresión “menor de 18 años” contenida en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, contentiva de la pensión especial de vejez para los padres con hijo en condición de discapacidad, por estimar que se infringía el principio de igualdad (Art. 13 C.P.) en relación con las personas en condición de discapacidad mayores de edad. En el caso en comento el Ministerio de Hacienda se oponía a las pretensiones de la demanda argumentando que la extensión del beneficio pensional a los padres de personas en condición de discapacidad mayores de 18 años acarrearía un fuerte impacto económico al sistema pensional. Al resolver el caso concreto la Corte declaró la inexequibilidad del aparte atacado, y respondió a la objeción del Ministerio de Hacienda en los siguientes términos: “En este punto es importante precisar que el Legislador tiene un margen de configuración normativa en el desarrollo de los derechos en su dimensión prestacional, en lo relacionado con los ámbitos del derecho que se regularán y con los grupos que se pueden

beneficiar inicialmente. Con todo, esta Corporación considera importante anotar que, en todo caso, ese espacio de configuración cuenta por lo menos con dos límites en relación con los sectores por beneficiar, a saber: primero, que la categoría para demarcar el grupo no puede responder a ninguno de los criterios sospechosos contenidos en el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución, a no ser que se persiga establecer una diferenciación positiva en favor de grupos tradicionalmente marginados o discriminados; y segundo, que entre los grupos favorecidos se incluya a los que más requieren del beneficio, por su condición de debilidad, exclusión y vulnerabilidad (C.P., arts. 1 y 13). Precisamente, en este caso se excluyó de la prestación a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad.||La Corte es consciente de que la determinación del ámbito de aplicación de un derecho tiene efectos económicos, tal como lo indica el Ministerio de Hacienda. Sin embargo, ello no constituye per se un fundamento válido para que, una vez que el legislador adoptó la decisión de avanzar en la protección de las personas afectadas por una invalidez física o mental, en condiciones rigurosas y excepcionales, se excluya del beneficio a uno de los grupos de personas discapacitadas más débiles de la sociedad y más vulnerables dentro de la población objetivo definido por el propio legislador, cuya invalidez no les permite realizar de manera autónoma actividades básicas de supervivencia.||La Corte es consciente de que la determinación del ámbito de aplicación de un derecho tiene efectos económicos, tal como lo indica el Ministerio de Hacienda. Sin embargo, ello no constituye per se un fundamento válido para que, una vez que el legislador adoptó la decisión de avanzar en la protección de las personas afectadas por una invalidez física o mental, en condiciones rigurosas y excepcionales, se excluya del beneficio a uno de los grupos de personas discapacitadas más débiles de la sociedad y más vulnerables dentro de la población objetivo definido por el propio legislador, cuya invalidez no les permite realizar de manera autónoma actividades básicas de supervivencia”.

[52] En la sentencia C-288 de 2012 la Corte señaló que “el desarrollo del procedimiento constitucional de incidente de impacto fiscal, corresponde al Congreso en ejercicio de su amplia competencia legislativa en esa materia, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional. En efecto, se trata de un procedimiento judicial sui generis, que no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente y, que en consecuencia, requiere ser previamente desarrollado en sus aspectos más puntuales por el legislador, a partir de las reglas particulares y concretas que determinen sus diferentes etapas procesales. Con todo, los aspectos esenciales del procedimiento que desarrollará el legislador ya han sido fijados

por el Acto Legislativo acusado, las cuales conforman un marco vinculante para la regulación legal ulterior, como pasa a explicarse”.

[53] En esa dirección la sentencia señaló: “Como tuvo oportunidad de explicarse a propósito del análisis conceptual del Acto Legislativo, la redacción de la reforma al artículo 334 C.P. demuestra que la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos tienen carácter potestativo, porque no de otra manera podría comprenderse la expresión “se decidirá si procede”. De esta premisa pueden inferirse varias conclusiones a saber, (i) que lo que es obligatorio es el trámite del incidente, en las condiciones fijadas por la Constitución; (ii) que la alta corte correspondiente tiene la competencia para evaluar si modifica, modula o difiere los efectos de la decisión, lo que significa el ejercicio de una potestad judicial autónoma, sin que pueda predicarse que el incidente obliga a adoptar una decisión particular en algún sentido. Esto implica, por supuesto, la posibilidad válida que la alta corte decida mantener inalterada la orden dada para asegurar la protección de los derechos; (iii) que las opciones de decisión que ofrece el incidente de impacto fiscal se restringen a los efectos del fallo de que se trate, sin que pueda extenderse a la sentencia en sí misma considerada, la cual permanece amparada por los efectos de la cosa juzgada y, en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento. Por ende, ni los potenciales promotores del incidente ni los jueces podrán reversar el sentido de la decisión sino a lo sumo requerir y decidir, respectivamente, la modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la misma”.

[54] A manera de ilustración es menester recordar lo expuesto en la sentencia T-062A de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo). En dicho caso el ISS negó el reconocimiento de una pensión de invalidez a un afiliado que no contaba con las 50 semanas exigidas en el literal 1 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 -disposición aplicable en virtud de la fecha de estructuración de la invalidez-, ni con las 25 semanas que dispone el parágrafo 2 de la misma, pese a que había cotizado un total de 1165 semanas en más de 20 años de trabajo. Al trazar los fundamentos normativos de su decisión, la Corte señaló que no obstante la exequibilidad del requisito de densidad de cotizaciones declarada en sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), el juez del caso concreto podía apelar a la figura de la condición más beneficiosa para examinar las particularidades de cada asunto sometido a su escrutinio. Teniendo en cuenta la anterior panorámica, la Corte encontró acreditado que el solicitante consolidó el derecho a una pensión de invalidez en tanto cotizó 300 semanas

al ISS en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, esto es, antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. De esta manera, en armonía con la figura de la condición más beneficiosa, consideró que el demandante había cumplido los preuestos de acceso a una pensión de invalidez y ordenó por ello su reconocimiento, pese a que la expectativa legítima se había consolidado en vigencia de un régimen jurídico que había sido reformado en tres oportunidades posteriores a través de las leyes 100/93, 797/03 y 860/03. Para la Sala Novena de Revisión este criterio se muestra razonable en tanto los requisitos de las reformas se mostraban menos exigentes a los plasmados en el Acuerdo 049/90 cuya aplicación solicitaba el demandante. Sobre el caso concreto la sentencia T-062A de 2011 precisó: “A partir de lo anterior, queda claro que el accionante cumplía con el requisito establecido en el Decreto 758 de 1990, artículo 6o, literal b), de las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, anterior al estado de invalidez, porque cuando dicho decreto estaba vigente, el actor ya tenía más de 300 semanas cotizadas y no se había estructurado su invalidez. || Sin duda alguna, en el presente caso las modificaciones a los requisitos que se establecieron con la Ley 100 de 1993 y posteriormente con la Ley 860 de 2003, son regresivas frente a la situación particular del accionante que no obstante haber cotizado 1165,35 semanas por más de veinte años y hasta el año 2006, ahora debe acreditar haber cotizado 25 semanas durante el año anterior a la calificación de la invalidez, mientras que bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 ya cumplía con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier época. (...) ||Se reitera de esta manera lo establecido por la jurisprudencia en casos semejantes en sede constitucional y en sede laboral en la Corte Suprema de Justicia[54] en los que se ha considerado que, si bien el afiliado había cumplido requisitos más estrictos, al amparo de una legislación anterior para acceder a la pensión de invalidez, no resultaba proporcionado ni conforme a los principios constitucionales de la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa, que se negara la prestación con base en la aplicación del nuevo régimen, incluso en el evento que la estructuración de la invalidez hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993”. (Énfasis añadido)

[55] La Parte III del Convenio regula en los artículos 6, 7 y 8 lo relativo a la conservación de los derechos en curso de adquisición.

[56] Por ejemplo, la Ley 71 de 1988 estableció la pensión por aportes que permite la totalización o acumulación de periodos cotizados en el sector privado, con tiempos aportados en el sector oficial. El artículo 7 de la ley en comento dispone: “Artículo 7.- A

partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer. || El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas". El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 consagra los requisitos de acceso a la pensión de vejez. En su parágrafo 1 señala los periodos que podrán acumularse para el efecto. En relación con la totalización de tiempos y cotizaciones causadas frente a empleadores particulares, la norma señala: "Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: (...) c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.||d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.||e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. (...)".

[57] El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal f señala: "Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.".

[58] El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal g indica: "Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.".

[59] El parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 precisa que el beneficiario de un afiliado que fallece habiendo cotizado el mínimo de semanas necesarias para el

reconocimiento de una pensión de vejez, tiene derecho a una pensión de sobrevivientes: “Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. || El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”. Igualmente, el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 al regular los requisitos de acceso a la pensión de invalidez consagra que “Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”.

[60] Brevemente es pertinente indicar que la Sala de Casación Laboral en sentencia 39766 del 2 de agosto de 2011(M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza) estimó procedente tomar en consideración el cumplimiento del requisito de densidad de cotizaciones de la pensión de vejez, para reconocer una pensión de invalidez a una persona que no reunía los presupuestos de acceso de esta última prestación. Lo anterior a pesar de que el asunto no envolvía un problema de tránsito normativo en sentido estricto, sino la posibilidad de dar efectividad a la satisfacción del requisito de densidad de aportes de un sistema normativo más exigente (pensión de vejez), frente a otro diverso y menos arduo en la consolidación del presupuesto de cotización (pensión de invalidez). La Corte de casación observó que el solicitante contaba con las semanas suficientes para acceder a una pensión de vejez, aunque no con la edad necesaria para el efecto. Por esa razón la Sala señaló que si bien el demandante no tenía un derecho adquirido a una pensión de vejez, sí ostentaba una posición jurídica fáctica concreta (derecho eventual) frente al sistema pensional, en virtud del intenso esfuerzo que había efectuado al satisfacer el mencionado requisito de cotización. Igualmente, la Corporación expresó su preocupación ante la ausencia de un régimen de transición de la pensión de invalidez que permitiera responder a casos como el planteado, aspecto que enfatizaba la necesidad de interpretar las disposiciones pensionales con fundamento en criterios sistemáticos y finalistas, atendiendo a las particularidades del asunto concreto: “En ese sentido, se apartaría de estos postulados la decisión judicial que, sin ningún análisis del contexto normativo y de la situación particular del afiliado, y con el

pretexto de no haber cotizado ninguna semana en los últimos 3 años, pese a haberlo hecho durante 1194 semanas, se le negase la pensión por la invalidez, riesgo cuya cobertura construyó por más de 20 años, lo que le da derecho a que se considere consolidado el requisito de densidad de aportes para obtener la pensión de vejez.<sup>61]</sup> Para la Corte es claro que el dilema que se presenta respecto de la situación pensional del actor obedece a una deficiencia en las regulaciones de la Ley 100 de 1993 y de las normas que la han reformado; las que, al reglamentar lo correspondiente a la pensión por invalidez, no establecieron un sistema de transición que cobijara situaciones como la presentada en este caso, en relación con el derecho a la prestación aquí demandada; situación que, en últimas, conduce a que las cotizaciones efectuadas durante un largo período no produzcan el efecto buscado por el afiliado. En consecuencia, ante esa notoria insuficiencia normativa, en casos como el que ahora se estudia no puede utilizarse irrestrictamente la normatividad vigente para determinar el derecho a la pensión de alguien cuya invalidez se ha estructurado bajo la vigencia de tales preceptos". Entonces, al encontrar que la situación del asegurado no había sido normada por el legislador de forma expresa, la Corte integró la laguna normativa aplicando de forma analógica la regla contenida en el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en cuanto esta permite el acceso a una pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de un afiliado causante que ha cotizado las semanas necesarias para obtener el reconocimiento de una pensión de vejez. Con base en la misma, el Tribunal estableció una regla jurisprudencial que le permitió dar efectividad al elevado volumen de cotizaciones y reconocer el derecho a una pensión de invalidez al actor, advirtiendo que la misma en modo alguno afectaba la sostenibilidad financiera del sistema. En criterio de la Sala de Casación Laboral, quien ha cumplido con los requisitos en materia de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, consolida el derecho a prestaciones previstas para otros riesgos y contingencias, para cuya causación se exija una densidad de cotizaciones inferior.

[61] En línea con lo expuesto, en esta sentencia la Sala de Casación Laboral manifestó lo siguiente: "Estima la Sala que no se equivocó el Tribunal al no contabilizar para efectos de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 aprobada por el Decreto 758 de esa anualidad, el tiempo servido por el actor al Ministerio de Defensa como Soldado, toda vez que para efectos de adquirir esa prestación periódica con arreglo a los reglamentos del Instituto o en aplicación de los mismos en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo pueden contabilizarse las semanas efectivamente cotizadas a esa

Administradora de pensiones, bien sea por los servidores estatales o privados.||Ahora bien, la previsión que trae el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite acumular para efectos de la pensión de vejez, los aportes al Instituto con los de las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, y el tiempo servido en el sector público, como expresamente lo indica el precepto es para efectos de la pensión de vejez del inciso primero, que es la consagrada en la misma Ley 100 y que se rige en su integridad por ella, y no la de los regímenes anteriores cuya aplicación es posible en virtud del régimen de transición". (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz).

[62] Ibídem.

[63] Personas que el 1 de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados.

[64] Crf. Corte Constitucional sentencias T-090 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-583 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt) y T-093 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas). Igualmente, para una síntesis jurisprudencial de la totalización de tiempos de servicio y cotizaciones en hipótesis diferentes a las contempladas en virtud del Acuerdo 049 de 1990 puede consultarse la línea jurisprudencial trazada en la sentencia T-758 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas). Finalmente, en relación con la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 ver sentencia T-543 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

[65] M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

[66] M.P. Humberto Sierra Porto.

[67] M.P. María Victoria Calle.

[68] M.P. María Victoria Calle.

[69] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[70] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[71] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[72] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[73] M.P. Mauricio González Cuervo.

[74] M.P. Jorge Iván Palacio.

[75] Al respecto este aparte señala que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

[76] A su turno este aparte consagra que “Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

[77] El contenido del referido parágrafo es el siguiente: “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador; e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.||En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.||Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”.

[78] Sentencias T-628 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza), T-130 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-1251 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-908 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-129 de 2008 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-1059 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy).

[79] En un sentido semejante puede ser consultado el análisis de procedibilidad formal desarrollado en la sentencia T-1029 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas)

[80] Crf. Sentencia 1073 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt)

[81] Al respecto este aparte señala que “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

[82] A su turno este aparte consagra que “Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

[83] El contenido del referido párrafo es el siguiente: “Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador; e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.||En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se

afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.||Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”.