

Sentencia T-937/13

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

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado dos dimensiones del defecto fáctico. En primer lugar, una dimensión negativa que se refiere básicamente a la valoración judicial arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba o a su falta de valoración, sea que se trate de negación u omisión, y arrojando como consecuencia, que sin razón plausible se dé por no probado un hecho o una circunstancia que emerge clara y objetivamente del sumario. Por su parte, la dimensión positiva comprende aquellos casos en que el juez aprecia pruebas determinantes para la definición del caso, “(...) que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.”.

DEFECTO FACTICO POR LA OMISION EN EL DECRETO Y PRACTICA DE PRUEBAS/DEFECTO FACTICO POR LA NO VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO/DEFECTO FACTICO POR DESCONOCIMIENTO DE LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA

La jurisprudencia ha identificado distintas modalidades del defecto fáctico, generado usualmente por (i) la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) el desconocimiento de las reglas de la sana crítica; y por (iii) la no valoración del acervo probatorio.

DEFECTO FACTICO POR VALORACION DEFECTUOSA DEL MATERIAL PROBATORIO

PENSION DE VEJEZ Y REGIMEN DE TRANSICION-Aplicación del Acuerdo 049/90

El Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año fijó las pautas normativas para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez de quienes estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y efectuaron cotizaciones exclusivas al mismo –ese es el caso del accionante-, edificando un régimen más favorable en comparación con el actual. En efecto, al analizar

las dos hipótesis que la norma plantea (500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo), éstas suponen un tratamiento manifiestamente más benéfico respecto del requisito del tiempo laborado que el que plantea el artículo 33 previsto por la Ley 100 de 1993, pues este último exige, a 2013, 1250 semanas cotizadas. En ese orden de ideas, los beneficiarios del régimen de transición a quienes se les aplica el Acuerdo 049 de 1990, no solo están recibiendo un tratamiento más benéfico sino además excepcionalísimo, redimido del Régimen General de Seguridad Social que impone unas condiciones más gravosas para obtener el derecho a la pensión.

PENSION DE VEJEZ-Acumulación de tiempo de servicio para ser beneficiario de régimen de transición del Acuerdo 049/90

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Inexistencia de defecto fáctico, por cuanto autoridades judiciales no se apartaron de la evidencia probatoria al determinar que el accionante no cumplía con requisitos del Acuerdo 049/90 para acceder a la pensión de vejez

APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Casos en que trabajadores que al momento de afiliación al ISS no llevaban con el mismo empleador 10 años de servicios y cuyas hipótesis no están contempladas por artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041/66

TRANSITO PRESTACIONAL ENTRE PENSIONES PATRONALES Y ASUNCION DE RIESGOS DE VEJEZ POR PARTE DEL ISS

PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Casos en que el tránsito legislativo afectó a los trabajadores que llevaban menos de 10 años al momento de afiliación al sistema de seguridad social

PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Requisitos que debe probar el trabajador

PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir requisitos mínimos de pensión de vejez

EQUIDAD EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Sentido, contenido y alcance

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Casos en que se ubicó a trabajadores en situación de desprotección frente a la pérdida de tiempos laborados con anterioridad a la afiliación al ISS

APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Para equilibrar cargas entre trabajador y empleador cuando se solicita pensión de vejez de trabajadores que llevaban menos de 10 años al momento de afiliación al ISS

Para superar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de jubilación, la Sala considera que los antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, siendo enfáticos en que no se trata de la totalidad de los aportes por el tiempo completo laborado sino el necesario restante para que la persona pueda pensionarse. Así mismo, para efectos de los aportes, el salario que debería tenerse en cuenta no ha de ser necesariamente el que devengaba el extrabajador, sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral. Igualmente, considerando que fue el Estado Colombiano, a través del legislador, quien de alguna forma omitió brindar un remedio legal para los casos del contingente pensional, también le asiste responsabilidad, la cual debe ser asumida por el Sistema en el sentido de no recibir todos los aportes de la vida laboral de una persona, sino tan solo los necesarios para obtener la pensión. Finalmente, teniendo en cuenta que las cotizaciones al sistema también se componen de un aporte del trabajador, considera la Sala que en estos casos el mismo debe contribuir en una proporción.

PENSION DE JUBILACION Y APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD-Requisitos que debe probar el trabajador

(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esto, con fundamento en que el literal c) del artículo 33 de dicha ley, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 responde en parte el problema jurídico planteado, pues señala que para efectos del cómputo de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez se tendrá en cuenta el tiempo de servicio con empleadores que antes de la vigencia de la ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad

a su entrada en vigor. (ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador. (iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente, ni para beneficiarse de las hipótesis de compartibilidad establecidas y ya explicadas, entre otras normas, en el Decreto 3041 de 1966. (iv) Si durante la vigencia de la relación laboral el empleador no tuvo la obligación legal de afiliarlo al ISS, ni de pagar las respectivas cotizaciones periódicas. (v) El tiempo cotizado sea insuficiente para acceder a la pensión de vejez, pero que sumado con el período trabajado sobre el cual no se realizaron aportes, cumple con el número necesario de semanas para obtener la prestación de jubilación o estaría muy cerca de ello.

PENSION DE VEJEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Incompatibilidad y compensación

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, que luego de largos años de trabajo y ahorro forzoso, se reconoce bajo el cumplimiento de ciertos requisitos consagrados en la ley, referidos principalmente al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y edad del afiliado. A diferencia de esta prestación, la indemnización sustitutiva se reconoce a aquellas personas que, a pesar de haber llegado a la edad para reclamarla, no cumplieron con el tiempo o las semanas de cotización y manifiestan voluntariamente no poder seguir trabajando y así, aportar al sistema. Esta diferencia, es lo que permite afirmar que la indemnización sustitutiva es excluyente del pago de la pensión de vejez, dado que solo en defecto de ésta se reconocería la primera. Así, en principio, si una persona obtiene la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no podría posteriormente pedir una pensión de la misma naturaleza o viceversa. Sin embargo, esta última incompatibilidad, contenida a lo largo de la legislación colombiana en seguridad social, puede resultar apenas aparente, puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez).

APLICACION DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD EN MATERIA PENSIONAL-Orden a Colpensiones realice cálculo por aportes, a cargo de Bavaria, equivalentes a las semanas que le hacen falta al accionante para cumplir el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez,

según Acuerdo 049/90 y Bavaria deberá trasladar el monto de dicho cálculo

Referencia: Expediente T-4.014.950

Acción de tutela instaurada por Orlando Correa Vélez contra el Instituto de Seguros Sociales -ISS- en Liquidación y Colpensiones, y como vinculados la Cervecería Unión Bavaria S.A., el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013).

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

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos, en primera instancia, por el Juzgado 14 Piloto de Familia de Medellín -Antioquia- el 6 de marzo de 2013, y en segunda instancia, por la Sala Segunda de Decisión en Familia del Tribunal Superior del mismo distrito el 24 de junio de 2013, respecto de la acción de tutela presentada por Orlando Correa Vélez contra el ISS en Liquidación y Colpensiones,[1] y como vinculados la Cervecería Unión Bavaria S.A.,[2] el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad.[3]

El 24 de enero de 2013, mediante apoderado judicial, el señor Orlando Correa Vélez presentó acción de tutela contra el ISS en Liquidación y Colpensiones, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, al haberle negado la pensión de vejez aún cuando cumplía los requisitos para obtenerla, y limitarse únicamente a reconocerle la indemnización sustitutiva.

1.1. Hechos relevantes

a) El accionante, quien nació el 30 de julio de 1934 y hoy cuenta con 79 años de edad,[4] pertenece al régimen de transición de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al 1° de abril de 1994 tenía 59 años.

b) El 12 de diciembre de 1959 empezó a trabajar para Bavaria S.A. El 1 de enero de 1967, habiendo transcurrido un poco más de 7 años de labor para tal compañía, fue afiliado al Instituto de Seguros Sociales en los riesgos de invalidez, vejez y muerte. La relación laboral se extendió hasta el 19 de enero de 1975, manteniéndose vinculado a tal empresa por más de 15 años ininterrumpidos.

c) De conformidad con la historia laboral del accionante,[5] entre los meses de enero de 1967 y mayo de 2012 el señor Correa Vélez cotizó efectivamente 793 semanas, registrando mora patronal por 101,72 semanas más.[6] Particularmente, se observa que el peticionario, después de su vinculación con Bavaria S.A., laboró para Frigoandina S.A. (del 17 de noviembre de 1980 hasta el 15 de febrero de 1981), Grafismos Limitada (entre el 7 de mayo de 1981 y el 15 de junio del mismo año), Germán Vélez U y CIA LTDA (desde el 29 de septiembre de 1981 hasta el 18 de julio de 1982), Cooperativa Cafetera Central (entre el 31 de octubre de 1986 y el 1 de noviembre de 1990), y otros empleadores inscritos al ISS en calidad de personas naturales (desde el 11 de junio de 1992 hasta el 30 de septiembre de 1999).

d) El 11 de agosto de 1998 presentó derecho de petición ante el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que le fuera reconocida la pensión de vejez; sin embargo, el 17 de diciembre del mismo año,[7] de conformidad con el régimen pensional aplicable- Decreto 758 de 1990[8]- le fue negada la prestación económica, en tanto solo acreditaba 425 semanas de cotización de las 500 requeridas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima fijada por la norma.

d) El 6 de septiembre de 1999, ante la incapacidad de continuar cotizando y habiendo cumplido la edad, el accionante elevó solicitud para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ante ISS. El 9 de noviembre de 1999, mediante Resolución N° 013751, la demandada reconoció al señor Correa Vélez la prestación solicitada en cuantía única de \$10'578.645.

e) El señor Correa Vélez inició proceso ordinario ante la justicia laboral, el cual culminó con una sentencia desfavorable a sus intereses, que a su vez fue confirmada por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.[9]

f) En la actualidad, el demandante “(...) es un comerciante informal del centro de Medellín, quien labora en extremas condiciones laborales y de salud, como quiere (sic) que ejerce la actividad de transporte informal, además tiene múltiples complicaciones en su salud, que lo están haciendo vulnerable ya que su actividad económica es su único sustento, y se ha visto obligado a dejar de laborar por sus afecciones y debe velar por el sustento de su señora cónyuge quien no labora, y se encuentra enferma en tratamiento médico.”

1.2. Solicitud

De acuerdo con los hechos anteriores, el peticionario solicita al juez constitucional ordenar al ISS en liquidación y a Colpensiones que estudien nuevamente su historia laboral y procedan a pagarle la pensión de vejez a que tiene derecho.

1.3.1. Cervecería Unión Bavaria S.A.

El 04 de marzo de 2013, mediante representante judicial, la sociedad anónima señaló que el señor Correa Vélez laboró para dicha entidad desde el 12 de diciembre de 1959 al 19 de enero de 1975, y que sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensiones se efectuaron a partir del 1° de enero de 1967, fecha en la que el llamamiento a cotizar para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte se extendió al empleador.

Adicionalmente, la empresa envió un certificado de la historia laboral del accionante expedido por Colpensiones el 4 de marzo de 2013, en el cual obran un total de 793 semanas cotizadas al sistema por el señor Correa Vélez, con mora patronal de 101,72 semanas.

El Instituto de Seguros Sociales- ISS- en Liquidación y la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones- guardaron silencio.

1.4. Decisiones objeto de Revisión

1.4.1. Sentencia de primera instancia

1.4.1.1. Mediante sentencia del 6 de marzo de 2013, el Juzgado 14 Piloto de Familia de Medellín declaró improcedente la acción de tutela,

tras considerar que el presupuesto de subsidiariedad no estaba satisfecho, pues el accionante no había presentado los recursos administrativos pertinentes contra las resoluciones que habían negado la pensión de vejez y habían reconocido la indemnización sustitutiva, lo que, además, suponía un obstáculo insuperable para acudir a la vía contencioso administrativa.

1.4.1.2. Con todo, señaló que aunque el accionante no había aportado las sentencias respectivas, obraba el acta de la audiencia de juzgamiento en apelación celebrada por el Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso iniciado por el señor Correa Vélez contra el ISS, lo que demostraba que la controversia ya se había zanjado a instancias de la justicia laboral, sin reproche alguno o defecto señalado por el actor en su escrito de tutela.

1.4.2. Impugnación

En la oportunidad procesal, el peticionario presentó impugnación contra la decisión de primera instancia, argumentando que ya se habían agotado todos medios administrativos y judiciales de defensa, y en ese orden, que la acción de tutela era el único mecanismo disponible para evitar la violación de su derecho al mínimo vital y la configuración de un perjuicio irremediable para él y su familia.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia

El 24 de junio de 2013, mediante providencia dictada por la Sala Segunda de Decisión en Familia del Tribunal Superior de Medellín, se confirmó la decisión de primera instancia con base en razones semejantes a las del a quo.

En la providencia se señaló que la acción no era procedente, como quiera que el demandante no había agotado los mecanismos ordinarios frente a la resolución que había negado el reconocimiento pensional- 17 de diciembre de 1998- y, adicionalmente, porque entre el momento en que se notificó el anterior acto administrativo y la fecha de la presentación de la demanda de tutela- 24 de enero de 2013-, habían transcurrido más de

14 años, por lo que no se cumplía con el requisito de inmediatez del amparo.

2. Actuaciones surtidas en sede de revisión

2.1. Mediante auto del 21 de noviembre de 2013, advirtiendo que en el trámite de esta acción constitucional no se había vinculado al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín ni a la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del mismo distrito, el despacho del Magistrado Sustanciador procedió a hacerlo, en tanto al interior del expediente obraba información de que el asunto ya había sido objeto de pronunciamiento judicial en la justicia laboral.[10] Adicionalmente, como en el plenario no se encontraban las sentencias del proceso ordinario, se solicitó la remisión en copia de las respectivas piezas procesales.[11]

2.2. De igual forma, con el propósito de esclarecer la situación socio-económica del accionante, se solicitó información sobre sus fuentes de ingreso, gastos mensuales, personas a cargo, limitaciones de salud y sobre propiedades o bienes a su nombre. Asimismo, se instó al señor Correa Vélez para que expusiera las razones que justificaban su demora en la presentación de la acción de tutela.[12]

2.3. Mediante memorial recibido por esta Corporación el 5 de diciembre de 2013, la Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín remitió copia completa del expediente de Orlando Correa Vélez contra el Instituto de Seguros Sociales, en el que se da cuenta de una demanda ordinaria laboral presentada con el fin de obtener el reconocimiento pensional de conformidad con los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 y los respectivos intereses moratorios.[13] También se remite la contestación del demandado quien, sin entrar en detalle, excepciona advirtiendo que el derecho a la pensión de vejez del demandante es inexistente. Finalmente, mediante providencia del 22 de mayo de 2012, la primera instancia absolvió al Instituto de Seguros Sociales de todas las pretensiones instauradas por el señor Correa Vélez, en tanto éste no acreditó el mínimo de las 500 semanas durante los últimos 20 años al cumplimiento de la edad mínima para obtener la pensión exigidas por el mencionado Acuerdo. Igualmente, aseguró que durante dicho periodo el accionante solo contaba con 387,99 semanas cotizadas y que por lo tanto, debía prosperar la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada.[14]

2.4. Por su parte, mediante oficio del 6 de diciembre de 2012, la Sala Quinta Laboral del

Tribunal Superior de Medellín refirió que el expediente había sido devuelto al juzgado de origen, razón por la que no era posible remitirlo. Sin embargo, aportó con su respuesta la sentencia en sede de apelación proferida por dicha Corporación en la causa del señor Correa Vélez contra el Instituto de Seguros Sociales. Calendada el 23 de agosto de 2012, la providencia confirmó la decisión del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, absolviendo al Instituto del pago de la pensión de vejez al actor y considerando que, bajo el régimen aplicable, el demandante solo contaba con 399,03 semanas cotizadas.

2.5. En relación con el cuestionario enviado al señor Correa Vélez para conocer su situación socio-económica, su apoderado refirió que ni él ni su esposa, Sara Peláez Duque, se dedican a actividad económica alguna de la cual puedan derivar su sustento, por lo que dependen económicamente de su hijo y su nieto, quienes trabajan como oficiales de la construcción en diferentes sectores de la ciudad de Medellín.[15]

2.6.1. En declaración extraproceso rendida ante notario, el señor Correa Vélez explicó que él y su esposa vivían como arrendatarios hasta 2011, cuando “trabajaba haciendo vueltas de carga y vendía minutos de celular”, pero debido a que su enfermedad cardíaca empezó a desarrollarse para esa época, tuvo que suspender dichas actividades y recurrir a sus familiares en busca de ayuda para costear sus necesidades básicas y las de su esposa, tales como vivienda y salud, pues además de vivir con ellos, su nieto es quien realiza las cotizaciones respectivas al Sistema.[16]

2.6.2. Igualmente, señaló que su deficiencia cardíaca fue tratada mediante una intervención quirúrgica “a corazón abierto”[17] el pasado 22 de octubre de 2013, por lo que quedó totalmente imposibilitado para realizar cualquier actividad física o experimentar emociones fuertes que puedan ocasionarle un infarto. Asimismo, indicó que su esposa, quien tampoco puede trabajar, tiene problemas de audición y que fue diagnosticada con cáncer de seno en 2010, por lo que ha estado sometida a un tratamiento de radiología, múltiples fármacos y a una alimentación especial y balanceada.[18]

2.6.3. Asegura que si bien sus gastos para vivir no son suntuarios,[19] pues se trata de cuestiones básicas, como vivienda y atención médica, así como los relativos a transporte y alimentación (que en el caso de su esposa debe ser especial),[20] es incapaz de sufragarlos por su edad y su estado de salud, razón por la que su única opción es lograr la pensión de

vejez.

2.6.4. Finalmente, respecto de la demora en la presentación de la acción, el accionante señaló: “Económicamente no tenía con qué poner un abogado, y debido a la edad no lo vi tan necesario, y debido a la necesidad que tengo ahora, ya que estoy muy enfermo, y mi esposa también, me veo en la necesidad de hacerlos (sic) y también porque me di cuenta que tengo derecho a la pensión y mi derecho no debe ser vulnerado.”

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2.1. En el caso objeto de revisión, el señor Orlando Correa Vélez presentó acción de tutela contra el ISS en liquidación y Colpensiones, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, presuntamente vulnerados por las accionadas al haberle negado la pensión de vejez aun cuando, a su juicio, cumplía los requisitos para obtenerla, y en reemplazo, reconocerle una indemnización sustitutiva.

2.2. Según observa la Sala, al accionante le fue reconocida la indemnización sustitutiva el 6 de septiembre de 1999, puesto que, habiendo cumplido la edad para pensionarse, no completaba las semanas exigidas según el Acuerdo 049 de 1990 para obtener la pensión de vejez ni tenía la capacidad para continuar cotizando al Sistema General de Seguridad Social. Contra dichos actos, mediante los cuales se negó la prestación pensional y se reconoció la indemnización, no se presentaron los recursos de la vía gubernativa ni se adelantaron acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Años después, el 20 de enero de 2012, el actor presentó demanda ordinaria laboral contra el ISS, solicitando el reconocimiento y pago de su mesada pensional, sobre la base de que sí cumplía los requisitos para su obtención, esto es, 500 semanas cotizadas al SGSSP entre el 30 de julio de 1974 y el 30 de julio de 1994, fecha en la que cumplió 60 años, edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990.

A pesar de que las alegaciones del accionante al interior del proceso siempre se encaminaron a demostrar que los jueces no estaban valorando las piezas procesales debidamente, las cuales, a su juicio, demostraban claramente que sí tenía los tiempos mínimos para obtener la pensión por Acuerdo 049 de 1990; en ambas instancias del proceso ordinario, cuya última sentencia es del 23 de agosto de 2012, las pretensiones de la demanda fueron negadas, básicamente, porque del acervo probatorio se desprendía que el actor no cumplía con las exigencias de las 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años al momento de la verificación de la edad mínima.

De las pruebas solicitadas en sede de Revisión, se pudo observar que el accionante, según la historia laboral detallada del proceso ordinario, (i) solo realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales; (ii) se afilió desde enero de 1967 hasta noviembre de 1999; (iii) en toda su vida laboral cotizó 793 semanas, de las cuales 342 se registran antes del 30 de julio de 1974; 389,5 en el periodo entre el 30 de julio de 1974 y el 30 de julio 1994, y 61,5 después de esta fecha hasta el año 1999. Y finalmente, 101,72 semanas registran mora patronal entre los años 1996 y 1999.

Asimismo, se pudo establecer que el accionante y su esposa, quien depende enteramente de él, atraviesan múltiples dificultades socio-económicas, las cuales se han agudizado debido a su estado de salud y su edad, pues él, de 79 años, padece una seria deficiencia cardiaca desde 2011 que le impide desempeñar cualquier actividad laboral y ella, de la misma edad, se encuentra en tratamiento oncológico por el desarrollo de un cáncer de seno en 2010 y tiene dificultades auditivas. Como consecuencia de lo anterior, actualmente viven junto con unos familiares, los cuales velan por sus necesidades más básicas.

2.2. Si bien se evidencia que la acción de tutela no se encuentra dirigida explícitamente contra las providencias emitidas por la jurisdicción ordinaria laboral, la Sala advierte como relevante que, en principio, es en relación con estas decisiones que debe orientarse el examen de una eventual vulneración, por cuanto la determinación de negar la prestación pensional por el ISS ya fue cuestionada ante el juez natural y la Corte no puede emprender un análisis obviando las determinaciones que actualizan la situación del accionante.

Sin embargo, debe aclararse que si en el análisis correspondiente la Sala encuentra que no se vulneró el debido proceso del accionante en relación con las sentencias proferidas por la

jurisdicción laboral, el juez constitucional puede estudiar, siempre que no exista una contravención a tal cosa juzgada, si eventualmente existe una vulneración del derecho a la seguridad social del peticionario, considerando que fue por la protección de ambas garantías que el señor Correa Vélez presentó la acción de tutela.

2.3. Problema jurídico frente a la eventual vulneración del derecho al debido proceso. En consideración a lo anterior, corresponde a la Sala de Revisión determinar si las autoridades judiciales vinculadas incurrieron en un defecto fáctico y si, por esa vía, han vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del señor Orlando Correa Vélez, al negar el reconocimiento y pago de su derecho pensional, con fundamento en que no existen pruebas que acrediten que el peticionario tiene el número de semanas exigidas (500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad masculina requerida por el Acuerdo 049 de 1990), a pesar de que, a juicio del actor, en el expediente ordinario aparece demostrado el cumplimiento de dichos presupuestos.

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

Problema jurídico frente a la eventual vulneración del derecho a la seguridad social. No obstante, tal como se advirtió, si la Sala encuentra que no existe ningún defecto, pero asume el estudio del derecho a la seguridad social del accionante, deberá resolver si al mismo le asiste el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, cuando no cumple actualmente con las cotizaciones mínimas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, ni al momento de la afiliación al Instituto había trabajado para Bavaria S.A. 10 años, de acuerdo con lo exigido por el Decreto 3041 de 1966.

Frente a este eventual problema jurídico, la Sala deberá referirse a (i) la posible existencia de la obligación patronal de reconocer tiempos de aportes al Sistema mientras su trabajador no estaba afiliado al ISS y al momento inicial de la sustitución del riesgo llevaba menos de 10 años y (ii) la posibilidad de compensar la pensión de vejez con la indemnización sustitutiva, considerando que esta última ya fue reconocida y cancelada al

señor Correa Vélez.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es de carácter excepcional. Entre otras razones, porque tales decisiones están revestidas por los efectos de la cosa juzgada, una de las instituciones que expresa la garantía de seguridad jurídica en un Estado democrático, y adicionalmente, porque la intangibilidad de aquellas representa el respeto por la autonomía e independencia de los jueces, así como del proceso, entendido como uno de los escenarios jurídicos de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales.[21]

Sin embargo, en consideración a que en algunos eventos las decisiones judiciales pueden incurrir en manifestaciones abiertamente contrarias al ordenamiento jurídico o pueden ser proferidas “(...) en flagrante violación de los derechos fundamentales de las personas”,[22] la Corte ha llegado a la conclusión que de que la acción de tutela puede resultar procedente, siempre que se acredite el cumplimiento de un estricto haz de presupuestos generales y específicos.

3.2. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado, en primer lugar, los requisitos de carácter general[23] orientados a asegurar el ejercicio razonable del principio de subsidiariedad de la acción -requisitos de procedencia- y, en segundo lugar, los de carácter específico,[24] relacionados propiamente con los defectos de las actuaciones judiciales -requisitos de prosperidad-.

3.2.1. Respecto de los requisitos de procedencia (generales), la jurisprudencia constitucional ha establecido que el juez de tutela debe constatar que: (i) el asunto tenga relevancia constitucional; (ii) el peticionario haya agotado los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir a la acción constitucional, salvo que se trate de un perjuicio irremediable iusfundamental; (iii) la demanda cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) si se tratare de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que presuntamente resulta lesiva de los derechos fundamentales; (v) el accionante 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 y; (vi) el fallo cuestionado no sea

de tutela.[25]

3.2.2. Únicamente si los anteriores requisitos de procedibilidad son acreditados, el juez podrá continuar con su análisis y verificar si se configura alguno de los vicios o causales para la prosperidad del amparo, que han sido singularizados por la jurisprudencia de esta Corporación en defectos de naturaleza orgánica, sustantiva o material, procedimental, fáctica o por consecuencia; aquellos relacionados con una decisión sin motivación, los generados por desconocimiento del precedente constitucional y por violación directa a la Constitución[26].

4. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia.

4.1. En primer lugar, la Sala observa que el asunto bajo análisis reviste una evidente significación constitucional como quiera que se decide sobre la eventual vulneración del núcleo básico de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social del accionante.

Ahora, con respecto a la falta de agotamiento del recurso extraordinario de casación, esta Sala considera que ello no es óbice para declarar la procedencia de la acción bajo estudio. Lo anterior, como quiera que el delicado estado de salud del accionante, que ha venido evolucionando negativamente desde el año 2011, así como su situación económica, que ha empeorado por la imposibilidad de trabajar, son circunstancias frente a las cuales hubiera resultado desproporcionado exigirle acudir a dicho recurso, teniendo en cuenta que para la época en que lo debió interponer,[27] el demandante ya se encontraba en una difícil condición médica. Por otra parte, analizado en concreto, dicho recurso extraordinario tampoco hubiera resultado eficaz para asegurar la protección urgente de los derechos fundamentales invocados, como quiera que, sumado a lo ya dicho, el accionante ha superado ampliamente, con 79 años, el promedio de vida de la población masculina colombiana,[28] y en esa medida, exigirle el agotamiento de la casación sería desconocer que dicha carga procesal no era llevadera en sus condiciones.

4.3. En tercer lugar, la Corte debe analizar si se cumple con el requisito de inmediatez, esto es, que la demanda de tutela se hubiere presentado en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, que en este caso se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín confirmatoria de la del ad quo que negó las

pretensiones de la demanda y no concedió el derecho pensional al accionante.

Precisamente, la finalidad de la tutela como vía judicial de protección expedita de derechos fundamentales, demanda del juez constitucional la verificación del tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo, pues un lapso irrazonable puede llegar a revelar que la protección que se reclama no se requiere con prontitud, y por tal virtud, alterar el carácter preferente y sumario para el que está reservado la acción.

La sentencia del Tribunal fue proferida el 23 de agosto de 2012 y la acción de tutela se presentó el 24 de enero de 2013, es decir, 5 meses después de la conducta cuestionada.

Así las cosas, la Sala encuentra que entre ambos momentos existe un término proporcionado y razonable, por cuanto dichos meses de diferencia representan un periodo de diligencia promedio para acudir a la justicia constitucional, considerando que los peticionarios han de aprovisionarse probatoria y jurídicamente, y más, si se trata de personas de la tercera edad con serios padecimientos de salud, frente a los cuales ha de flexibilizarse este requisito.[29]

4.4. En relación con el cuarto requisito, la Sala advierte que en el caso estudiado no se reprocha la ocurrencia de alguna irregularidad procesal, por lo que su análisis no aplica para la causa del accionante.

4.5. Ahora, respecto del quinto presupuesto, los hechos que generaron la presunta vulneración se encuentran razonablemente identificados e inclusive fueron el móvil del señor Correa Vélez para presentar la demanda ante la justicia ordinaria laboral. Para la Sala es claro que tales hechos están referidos a la negativa del reconocimiento pensional del accionante, con fundamento en una presunta valoración inadecuada de las pruebas que, a su juicio, sí demostraban la existencia de las semanas mínimas requeridas para obtener la prestación de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

4.6. Finalmente, las providencias que se cuestionan por esta vía no son sentencias de tutela, como quiera que fueron proferidas en el marco de un proceso ordinario laboral por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Quinta Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

4.7. Habiéndose cumplido, en el caso concreto, con los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a analizar si existe algún defecto manifiesto en las decisiones y atribuible a las respectivas autoridades del proceso ordinario laboral.

5. Cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad.

5.1. Aún cuando en la demanda de tutela no se señala explícitamente el vicio reprochado de las providencias judiciales cuestionadas, la Sala interpreta, de la alegación que hace el accionante, que puede tratarse de un defecto fáctico, por las razones que se exponen a continuación.

5.2. Este Tribunal ha precisado que el defecto fáctico aparece “cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”[30] y a su vez, ha expresado, que la acción de tutela únicamente procede cuando se hace claramente irrazonable la valoración probatoria efectuada por el juez en su providencia. Esto último, es de central importancia, pues la falla en el examen probatorio debe ser de tal dimensión que se aprecie ostensible, flagrante y manifiesta, al tiempo que comprometa y altere de manera directa el contenido de la decisión.

5.2.1. En un plano de análisis más específico, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado dos dimensiones del defecto fáctico. En primer lugar, una dimensión negativa que se refiere básicamente a la valoración judicial arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba o a su falta de valoración, sea que se trate de negación u omisión, y arrojando como consecuencia, que sin razón plausible se dé por no probado un hecho o una circunstancia que emerge clara y objetivamente del sumario.[31]

5.2.2. Por su parte, la dimensión positiva comprende aquellos casos en que el juez aprecia pruebas determinantes para la definición del caso, “(...) que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión.”[32]

5.2.3. En ese orden, la misma jurisprudencia ha identificado distintas modalidades del

defecto fáctico, generado usualmente por (i) la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) el desconocimiento de las reglas de la sana crítica; y por (iii) la no valoración del acervo probatorio.

5.2.3.1. En relación con ésta última, es posible singularizar, a su vez, un defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio, que se presenta “(...) cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido (...)” [33]

5.3. En el caso concreto es posible evidenciar que no solo en la demanda de tutela sino a lo largo del proceso ordinario laboral, los apoderados del accionante alegaron insistentemente que el señor Correa Vélez si cumplía con el mínimo de semanas exigidas para obtener el reconocimiento pensional y que al interior del plenario se encontraba demostrado este requisito con la historia laboral del accionante. Por este motivo, es que la Sala considera que el reparo del peticionario está dirigido a cuestionar la apreciación probatoria deficiente que los jueces de instancia hicieron de su historia laboral, puesto que, según él, obviaron el número real de semanas que reposaba en ella, provocando la negativa de su derecho pensional. En ese sentido, el caso ha de ser analizado a la luz de la configuración de un posible defecto fáctico en su modalidad negativa, por valoración defectuosa del material probatorio.

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

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

5.4.1. Este régimen, previo al establecido por el Sistema General de Pensiones, es uno de los contemplados por la ley como excepcionales, que a pesar de haber perdido vigencia siguen produciendo efectos jurídicos en la medida que la Ley 100 de 1993, mediante políticas de transición, procuró que las prerrogativas concedidas a los trabajadores

amparados por regímenes pensionales anteriores no fueran eliminadas completamente.[34]

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

5.4.2. Ahora, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año fijó las pautas normativas para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez de quienes estaban afiliados al Instituto de Seguros Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y efectuaron cotizaciones exclusivas al mismo –ese es el caso del accionante–, edificando un régimen más favorable en comparación con el actual. En efecto, al analizar las dos hipótesis que la norma plantea (500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo), éstas suponen un tratamiento manifiestamente más benéfico respecto del requisito del tiempo laborado que el que plantea el artículo 33 previsto por la Ley 100 de 1993,[35] pues este último exige, a 2013, 1250 semanas cotizadas.

5.4.3. En ese orden de ideas, los beneficiarios del régimen de transición a quienes se les aplica el Acuerdo 049 de 1990, no solo están recibiendo un tratamiento más benéfico sino además excepcionalísimo, redimido del Régimen General de Seguridad Social que impone unas condiciones más gravosas para obtener el derecho a la pensión.

5.5. Como se dijo, para lograr la aplicabilidad excepcional y especial de las condiciones contempladas por el Acuerdo 049 de 2009, la persona debe ser beneficiaria del régimen de transición, tal como lo es el actor, quien al 1º de abril de 1994 tenía 59 años.[36]

Al momento de solicitar la pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales en aquél tiempo, el 11 de agosto de 1998, el accionante contaba con más de 60 años, por lo que cumplía el requisito relativo a la edad.

5.6. Ahora, en lo que hace al número de semanas cotizadas, el peticionario no acredita las

500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima ni tampoco las 1000 en cualquier tiempo. Veamos.

Una vez revisada con detalle la historia laboral del accionante, se tiene que durante toda su vida laboral cotizó 793 semanas, de las cuales 389,5 se ubican en el periodo de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse según al Acuerdo 049 de 1990, esto es, entre el 30 de julio de 1974 y el 30 de julio 1994, fecha en que el petitionario cumplió los 60 años exigidos por la misma norma.

Igualmente, se tiene que 101,72 semanas registran mora patronal entre los años 1996 y 1999, carga que no es oponible al trabajador como en repetidas ocasiones lo ha manifestado esta Corporación.[37] Por esta razón, es posible sumar a las 793 efectivamente cotizadas, éstas 101,72 de mora patronal, lo que arrojaría un total de 894,72 semanas en toda la historia laboral del petitionario.

5.7. Por otra parte, la Sala no observa que al accionante le sean aplicables otros regímenes especiales por las características de su trabajo,[38] el destino de sus cotizaciones[39] o su vinculación laboral.[40]

5.8. En ese orden de ideas, la Sala no observa que el apoyo probatorio en que se basaron los jueces de instancia para aplicar el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 haya sido absolutamente inadecuado, puesto que al apreciar la historia laboral del accionante, siempre verificaron un déficit de cotizaciones y llegaron a la conclusión de que no tenía las semanas mínimas requeridas para obtener la prestación pensional. Realidad procesal que se ha comprobado ampliamente en esta sede.

De esta forma, dado que los jueces autores de las providencias que ahora se cuestionan no se apartaron, en contra de la evidencia probatoria, de los hechos debidamente demostrados ni resolvieron a su arbitrio el asunto jurídico debatido, la Corte no encuentra vicio alguno en dichas decisiones, ni configuración del defecto fáctico aludido; razón por la que se mantendrá la intangibilidad e inmutabilidad de dicha providencia.

5.9. Problema jurídico relacionado con el derecho a la seguridad social. Sin embargo, tal como se advirtió, aunque no se evidencia una vulneración del derecho al debido proceso del señor Correa Vélez, el actor también interpuso la acción de tutela para obtener la

protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Por lo tanto, y considerando que se trata de una persona en delicadas condiciones de salud y de avanzada edad que difícilmente podría someterse a un nuevo proceso ordinario y que además no cuenta con una fuente de ingresos propia que le permita subsistir autónomamente, la Sala de Revisión debe establecer si, a la luz de los principios propios del derecho laboral y constitucional, el ordenamiento jurídico colombiano le reconoce alguna prestación económica que le garantice su derecho a la seguridad social.

Debe aclararse que en este caso no solo se trata de la formal diferencia entre el derecho a amparar, sino que el abordaje de este nuevo problema jurídico implica razonamientos que no fueron discutidos en la sede ordinaria laboral, motivo por el que no se contraviene la cosa juzgada ni se afecta la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a través de providencias judiciales.

En efecto, si bien el asunto del proceso ordinario laboral y el que aquí se discute están relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez del accionante, lo cierto que las materias sobre las cuales recae la decisión en ambos procesos son completamente diferentes. De un lado, en el proceso laboral ordinario se pretendía el reconocimiento pensional sobre la base de una historia laboral existente, motivo por el que solo se demandó al Instituto de Seguros Sociales, y en efecto, los jueces de instancia encaminaron su análisis a determinar si con las semanas registradas, al señor Correa Vélez le asistía el derecho reclamado. En cambio, en la tutela que ahora revisa la Sala, las pretensiones están encaminadas a lograr que Bavaria S.A. efectúe los aportes a pensión por el tiempo laborado por el trabajador y no cotizado al ISS, precisamente con el fin de completar la historia laboral, que en el proceso ordinario resultaba insuficiente, y obtener de esta forma la pensión de vejez. En ese sentido, es claro que con la decisión de la Corte no se desconocerá la cosa juzgada de las sentencias emitidas por los jueces laborales.

6. Tránsito prestacional entre las pensiones patronales y la asunción de riesgos de vejez por el Instituto de Seguros Sociales. Carencia de remedio legal para el contingente de trabajadores que al momento de afiliación al Instituto de Seguros Sociales no llevaban con un mismo empleador 10 años de servicios y cuyas hipótesis no están contempladas por los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966. Aplicación del principio de equidad en estos casos.

6.1. En el marco de la reforma constitucional de 1936, la cual trajo consigo, el restablecimiento de diversos derechos civiles,[41] así como la invención de los denominados “derechos económicos y sociales de naturaleza colectiva” en beneficio, especialmente, de los trabajadores,[42] se expidió la Ley 6ª de 1945,[43] por medio de la cual se estableció en Colombia el primer Estatuto Orgánico del Trabajo.

Además de regular algunos aspectos sobre las convenciones de trabajo, las asociaciones profesionales y los conflictos colectivos, e instituir la jurisdicción especial del trabajo, esta normatividad tuvo como otro de sus propósitos, reglamentar las relaciones surgidas entre empleadores y trabajadores alrededor de distintas prestaciones que estaban a cargo exclusivo de los primeros. Entre ellas, aparecen las indemnizaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como los auxilios por padecimientos no profesionales, sanciones por despido injustificado y otros, como los gastos necesarios para el entierro del trabajador.

6.1.1. Asimismo, uno de los auxilios más significativos creados por dicha ley fue la pensión vitalicia de jubilación. Ésta, de conformidad con el artículo 14, estaba establecida para aquellos trabajadores que hubieran llegado a 50 o más años de edad después de 20 años de servicios continuos o discontinuos y su pago, así como el de las demás prestaciones, era de cargo exclusivo del patrono,[44] “(...) mientras se organiza[ba] el seguro social obligatorio”[45].

6.2. Esta última expresión, no se refería a otra cosa sino a la idea inconfundible del legislador de crear un sistema general de aseguramiento que progresivamente liberara al patrono de la carga prestacional, sin dejar, durante la transición, desprotegido al trabajador.

En efecto, la idea de unos “seguros sociales” se estructuró en el país como respuesta a “(...) una evidente necesidad del Estado, que se empieza a consolidar en el año 1928, momento a partir del cual se presentan diversas iniciativas que aspiran a organizarlo, ya como una Caja de Seguros del Trabajo, ya como una entidad dependiente del Estado, supervigilada por la Contraloría General de la República, o bien como un Banco de servicios, primando finalmente el propósito de organizarlo como una entidad autónoma con personería jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa.”[46]

En todo caso, la directriz oficial para el funcionamiento del sistema partiría de que el régimen de prestaciones creado por la Ley 6° de 1945 sería de cargo directo de los patronos, y solamente a medida en que fuera siendo absorbido por el seguro social; y de que la entidad designada fuera paulatinamente haciéndose cargo de aquellas prestaciones, las iría regularizando, esto es, verificando su suministro a la población beneficiada, lo que significó, al menos normativamente, “(...) una transformación fundamental que [hizo] de este tipo de política social, en su conjunto, un verdadero instrumento de reivindicación [por los trabajadores] y de estabilidad económica”.[47]

6.2.1. Justamente, bajo la idea de una universalización progresiva dichas obligaciones no fueron impuestas en forma homogénea a todos los empleadores. La misma Ley 6ª de 1945, estableció que el criterio diferenciador debía estar ligado a la capacidad patrimonial del empleador, motivo por el que condicionó el reconocimiento de dichos auxilios a un monto mínimo de capital empresarial. Así por ejemplo, no se aplicarían las coberturas para ciertas prestaciones[48] a empresas cuyo capital no excediera “(...) de ciento veinticinco mil pesos (\$125.000).” Bajo esa misma lógica, las empresas obligadas al pago de la pensión vitalicia de jubilación, eran solo aquellas cuyo capital excediera “(...) de un millón de pesos (\$1.000.000)”[49], e igualmente, aquellas empresas cuyo capital fuese “inferior a diez mil pesos (\$10.000), solamente estar[ían] obligadas a un auxilio por enfermedad (...) y a un auxilio de cesantías (...)”.

6.2.1.2. Así pues, el régimen fundado con la Ley 6ª de 1945, tenía dos aspectos distintivos, uno genérico y otro específico frente al tema del riesgo de vejez. En primer lugar, el reconocimiento de prestaciones por seguridad social estaba fuertemente ligado a la existencia de un capital empresarial mínimo que pudiera respaldar tales garantías. Y el segundo elemento, derivado del anterior, era que el otorgamiento de la pensión vitalicia de jubilación solo era posible en la medida que se hubiese laborado para una misma compañía con determinado patrimonio, condicionamiento que, a la larga, empezaría a generar problemas de movilidad laboral para los trabajadores.[50]

6.3. Justamente, con el propósito de regularizar tales situaciones, un año después, fue expedida la Ley 90 de 1946, por la cual se estableció el seguro social obligatorio para todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje,[51] y creó para su

manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS).

Salvo algunas excepciones, todo trabajador debía estar afiliado a dicho seguro social obligatorio[52], con el objetivo –entre otras– de desligar la dependencia capital empresarial/garantía a la seguridad social. Por ejemplo, frente a la contingencia de vejez, esta nueva ley buscó superar la pensión patronal, que dependía del capital de las empresas, por una prestación sometida a los requisitos de edad y cotizaciones. En ese sentido, el artículo 47 de la misma dispuso que: “El asegurado tendr[ía] derecho a una pensión mensual vitalicia de vejez, no inferior a quince pesos (\$15), sin necesidad de demostrar invalidez, cuando reún[iera] los requisitos de edad y cotizaciones previstas que el Instituto determin[aría]”.

Asimismo, la Ley 90 de 1946 procuró brindar un remedio frente al problema de la movilidad laboral, señalando que en los casos en que una persona afiliada al seguro, que por algún motivo perdiera tal calidad y reingresara, tendr[ía] “(...) derecho a que se le recono[cieran] las cotizaciones anteriores, siempre que la interrupción no hubiere durado más de tres (3) años; y si hubiere durado mayor tiempo, sólo se le recono[cerían] sus derechos cuando [tuviera] cubiertas veintiséis (26) semanas de cotizaciones posteriores al reingreso”[53].

6.3.1. Sin embargo, la creación de un sistema de aseguramiento de esta naturaleza, necesariamente implicaba un tránsito prestacional en el traslado del riesgo, motivo por el que el legislador debió fijar algunas reglas sobre cómo operaría el mismo.

6.3.1.1. En primer lugar, como se venía anunciado desde la Ley 6ª de 1945 tal sistema de subrogación de riesgos de origen legal,[54] no entraría a funcionar de forma inmediata, sino de manera gradual y progresiva en la medida en que (i) su implementación material se fuera posibilitando a nivel municipal y regional, y (ii) siempre que los patronos afiliaran a sus trabajadores y “(...) entregar[an] la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que [estableciera] el Instituto (...)”.[55]

Esta premisa es respaldada por los artículos 76 y 72 de la Ley 90 de 1946. En cuanto al primero, porque se contempló que “Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes”. En lo que respecta al segundo, en la

medida en que se estableció que “las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patrones, se seguirán rigiendo por tales disposiciones [,] hasta la fecha en que el seguro las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previsto señalado para cada caso (...)”.

6.3.1.2. En efecto, tales casos fueron regulados por el Decreto 3041 de 1966, mediante sus artículos 59, 60 y 61. En realidad, estas disposiciones desarrollaron las excepciones a la sustitución automática que dejaba sin obligación alguna al patrono frente a su trabajador y frente al ISS.

6.3.1.2.1. En primer lugar, el artículo 59 excluyó la obligación de asegurarse a quienes, en el momento inicial de la afiliación al ISS estuvieran gozando de una pensión de vejez a cargo de un patrono y a los trabajadores que ya hubiesen cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa con capital de \$ 800.000 o superior, dejando a salvo el derecho de reclamar a ésta la pensión de jubilación al llegar a la edad prevista en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y producirse el retiro. En realidad en estas hipótesis no hubo sustitución del riesgo.

6.3.1.2.2. Por su parte, las disposiciones 60 y 61 sí contemplaron casos de subrogación parcial o total del riesgo, según ocurriera en cada caso. En efecto, se admitió como afiliados forzosos a los trabajadores que en el momento inicial de la obligación de asegurarse llevaran más de 10 ó 15 años de servicios con una misma empresa obligada a pagar la pensión plena del Código Sustantivo del Trabajo, advirtiéndole a los patronos que debían reconocerla una vez el asalariado cumpliera los requisitos de causación y al mismo tiempo reafirmando la obligación de aquellos de continuar cotizando hasta completar la cuotas mínimas requeridas por el Instituto para otorgar la pensión de vejez. [57]A partir del momento en que dichas cuotas quedaran satisfechas- éste es el sentido de la expresión contenida en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946- el Instituto comenzaría a pagar la pensión a su cargo, pero el trabajador conservaría su derecho a seguir recibiendo el monto completo de la pensión de jubilación que había obtenido con la empresa, motivo por el que ésta debía cubrir la diferencia que llegara a existir entre las dos. “En este último evento, el pago de la pensión total que [recibiría] el trabajador ser[ía], por lo tanto, compartido, en la proporción que correspond[iera], entre el Instituto de los Seguros Sociales y la empresa”[58]

6.3.1.2.3. Asimismo, el artículo 61 destinó uno de sus apartes para hacer referencia a aquellos trabajadores que, en aquel momento de la afiliación al ISS llevaran 10 o más años de servicios con una empresa de capital no inferior a \$ 800.000 y que fueran despedidos sin justa causa. En este caso, los patronos debían pagar la pensión a que hace referencia el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 con la obligación de seguir cotizando hasta cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, momento en el cual el ISS procedería a cubrir dicha pensión restringida. En todo caso, sin que esta “sanción prestacional” implicara la incompatibilidad con una eventual pensión derivada del cubrimiento de los riesgos propiamente de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales si se cumplían con las cotizaciones posteriores respectivas, puesto que ambas obedecían a orígenes diferentes.[59]

6.4. Tal como se observa y como lo ha advertido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos,[60] en el momento inicial en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, el legislador distribuyó a los trabajadores asalariados en tres grupos respecto del régimen que gobernaría su derecho a la pensión de jubilación o de vejez.

6.4.1. En primer lugar, estaban aquellos trabajadores que ya estaban disfrutando de su pensión de jubilación plena por haber cumplido los requisitos del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo o quienes ya habían cumplido los 20 años de trabajo, continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador con capital superior a \$800.000, y solo se encontraban a la espera del cumplimiento de la edad para reclamar la prestación. Este grupo continuó con su derecho en los términos del mencionado artículo 260, a cargo del patrono, toda vez que el Instituto no asumió, respecto de éstos, el riesgo de vejez.

6.4.2. En segundo término, se encontraban los trabajadores que ya habían completado los diez años al momento de la afiliación, pero no habían llegado a los veinte del servicio con una misma empresa, motivo por el que conservaron el derecho a la pensión de jubilación tal y como estaba consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, pero el empleador, si quería liberarse del pago de dicha pensión, debía continuar con las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales para que, cuando se cumplieran los requisitos del caso, el Instituto comenzara a pagar la pensión de vejez correspondiente y el empleador solo quedara obligado con la parte de la pensión de mayor valor, si la hubiera. Esta hipótesis es la que se

ha denominado pensión compartida.

6.4.3. Finalmente, en el tercer grupo de trabajadores quedaron aquellos que en el momento inicial de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían completado 10 años de servicios con una misma empresa y desde luego, los que comenzaron a trabajar después de dicho momento. Este contingente pre-pensional “(...) [quedó sometido] al régimen general y ordinario previsto en los artículos 11 y 12, en armonía con el 14 y 57 del Reglamento [Decreto 3041 de 1966]. Y sus respectivos patronos fueron totalmente subrogados por el Instituto de Seguros Sociales en la obligación de pagar la pensión de jubilación, transformada en pensión de vejez (...)”.[61] En otras palabras, el legislador no extendió a este grupo de trabajadores ninguno de los amparos transicionales de los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, motivo por el que el tiempo que laboraron con anterioridad a su afiliación al Instituto de los Seguros Sociales no se tuvo en cuenta para obtener una pensión patronal ni tampoco en forma de cotizaciones al nuevo sistema de seguros.

6.4.3.1. Esta situación ha sido catalogada por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, como un “(...) caso especialísimo no regulado en los acuerdos o reglamentos del Instituto de Seguros Sociales sobre el régimen de la pensión de vejez a cargo de esa entidad”,[62] refiriéndose a que los trabajadores que llevaban menos de 10 años al momento de afiliación al sistema no serían beneficiados con ningún régimen de transición y que, en su caso al parecer, operaba una auténtica condición resolutoria frente a los tiempos servidos con anterioridad.

6.4.3.1.1. Dicha Corporación, en términos generales, ha manifestado que en estos casos no existe omisión del empleador por no haber sido llamado con anterioridad ni obligación de trasladar dineros por el tiempo de servicio de sus trabajadores, motivo por el que en diversa jurisprudencia se ha rechazado que a los asalariados de aquella época les asista algún derecho frente al tiempo laborado antes de la afiliación y en consecuencia, que en repetidas oportunidades se hubiera negado su derecho a la pensión de vejez.[63]

6.4.3.1.2. Sin embargo, el anterior criterio no es pacífico en la Sala de Casación Laboral, puesto que también se ha pronunciado en el sentido de señalar que “(...) no resulta lógico, razonado, ni justo entender que (...) [este tipo de trabajadores, cuando llevan un largo tiempo de servicios con un mismo patrono], no tenga[n] derecho a su pensión, por el hecho

de no encuadrar su situación en alguna de las alternativas que le permitan que la demandada o la entidad de seguridad social asuman el riesgo de vejez, con el argumento de que por el tiempo de servicios que tenía al momento de la afiliación al Seguro Social (menos de 10 años), se entraría a exonerar de responsabilidad a su empleador; y a su turno, por no tener las semanas de cotización suficientes, el ISS no estaría en la obligación de reconocer esa carga prestacional; dejando al empleado en una posición de inequidad, al tener que sufrir injustificadamente unas consecuencias frente a las que no tiene culpa alguna.”[64]

En ese sentido, si bien la Sala de Casación no ha considerado tal “(...) proceder del empleador como jurídicamente omisivo”, si ha estimado que por aplicación de cometidos superiores y “(...) por virtud de la finalidad que deben tener las normas protectoras de la seguridad social, antes y después de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, la inscripción o afiliación al sistema debe tener vocación de permanencia, pues no tiene ningún sentido que a un trabajador que prestó sus servicios a un mismo empleador por [un tiempo ininterrumpido con el que hubiera accedido a una pensión patronal si el ISS no hubiera hecho el llamamiento y], donde parte de su vida laboral permaneció por fuera de la cobertura del ISS, se le impida tener derecho a la pensión (...)”. [65]

En síntesis, respecto de esta última posición, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que le asiste el derecho a la pensión de vejez a aquellos trabajadores que (i) sin llevar más de 10 años de servicios al momento del llamamiento del Instituto para la afiliación a los riesgos de vejez, (ii) hayan prestado sus servicios a un solo patrono (iii) por un tiempo total suficiente que, de no haberse presentado su afiliación al Instituto, les hubiera permitido obtener una pensión de origen patronal, que de acuerdo con la normatividad respectiva hubiese podido ser plena o restringida. [66]

6.4.3.2. Así como en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la Corte Constitucional también se han presentado disparidad de criterios frente a las posibles soluciones que demandan los casos de trabajadores que se encuentran fuera de las hipótesis que regulan los artículos 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966 y que, para pensionarse, requieren que se les tenga en cuenta el tiempo de servicios laborado con anterioridad a la afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

6.4.3.2.1. Así por ejemplo, en la sentencia T-784 de 2010[67] se estudió el caso de una persona que prestó sus servicios durante 7 años y 11 meses a una empresa dedicada a la extracción petrolera, antes del momento inicial en que el Instituto asumiera el riesgo de vejez de los trabajadores vinculados con este tipo de industrias y solicitaba que se hicieran los aportes respectivos al Sistema con miras a reunir el número de semanas de cotización y acceder así a la pensión de vejez. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión consideró que, aunque la obligación de las empresas del sector petrolero de afiliar a sus trabajadores al Instituto de los Seguros Sociales surgió a partir de la Resolución 4250 de 1993, de acuerdo con una interpretación de la Ley 90 de 1946 (arts. 72 y 76) a la luz del artículo 13 constitucional, estas empresas tenían el deber de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar los aportes respectivos de cada trabajador al ISS, pues de lo contrario estas personas tendrían que trabajar un tiempo mayor a otras en similares condiciones, contraviniendo derechos constitucionales como la igualdad y la seguridad social. Con base en tales consideraciones, se tutelaron los derechos del accionante y se ordenó a la empresa demandada que transfiriera al Instituto de Seguros Sociales los aportes actualizados correspondientes al tiempo en que el actor laboró a su servicio.[68]

6.4.3.2.2. La Sala de Revisión Sexta se apartó de la anterior línea en la sentencia T-719 de 2011[69]. En esta oportunidad, se analizó si Bavaria S.A. había vulnerado los derechos fundamentales del señor Juan José Castro Romero, al negarle las cotizaciones al sistema de seguridad social, a pesar de haber laborado para dicha compañía de 1945 hasta 1951 y de 1953 hasta 1958, y para Cervecería Andina S. A. desde julio de 1962 hasta octubre de 1968. El fallo señala que la entrada en funcionamiento del Seguro Social se efectuó de manera paulatina “tardándose un tiempo importante después de la expedición de la ley que establecía su creación, por lo cual la obligatoriedad en la afiliación de los trabajadores, para el caso de Bogotá, solo se generó a partir de enero 1° de 1967”.

En una oportunidad posterior, pero en el mismo sentido, la Sala Novena de Revisión mediante sentencia T-814 de 2011,[70] estudió una acción de tutela presentada por una persona que estuvo al servicio de la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990, es decir, durante 10 años y 13 días. No obstante, la Embajada solo lo afilió al Sistema de aseguramiento desde el 12 de abril de 1989, y realizó las cotizaciones hasta el 15 de mayo de ese mismo año. Básicamente, el demandante pretendía que se ordenara a su antiguo empleador transferir

al ISS el valor actualizado de los aportes correspondientes al tiempo laborado para obtener la pensión de vejez. Para resolver, la Sala reiteró la sentencia C-506 de 2001,[71] en la cual se sostuvo que la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de dinero necesarios para transferir los cálculos actuariales respectivos al ISS, sólo surgió respecto de los asalariados vinculados a la empresa en la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y que una interpretación contraria devendría en inconstitucional al atentar contra el principio de la seguridad jurídica. Con fundamento en ello, esta Sala se apartó de la razón de la decisión de la T-784 de 2010, como quiera que, siendo la C-506 de 2001 una sentencia adoptada por Sala Plena, era el precedente que debía seguirse.[72]

6.4.3.2.3. Un año después, mediante providencia T-020 de 2012[73] la Sala Sexta de Revisión, conoció el caso de una persona que había prestado sus servicios entre el 1° de julio de 1982 y el 31 de diciembre de 1989 para la misma misión diplomática del Reino de los Países Bajos ante Colombia, encontrándose en un municipio en el que el Instituto de Seguros Sociales no había asumido los riesgos respectivos. En forma similar, el demandante solicitó que se ordenara a la demandada la transferencia de los aportes al sistema de seguros sociales correspondientes al lapso laborado. Siguiendo la misma línea argumentativa de la sentencia T-814 de 2011, se consideró que la Embajada no estaba obligada a cancelarle al Instituto el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el actor, puesto que (i) el contrato se había desarrollado en un municipio en el que el sistema aún no había asumido los riesgos de vejez, y (ii) la terminación de la vinculación laboral había sido anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Recientemente, en sentencia T-770 de 2013, la Sala Quinta de Revisión, estudió el caso de una persona que, habiendo trabajado para Bavaria S.A. por 1 año y 4 meses cuando su antiguo empleador no había sido llamado por el ISS a afiliar a sus trabajadores, solicitaba el reconocimiento de dicho tiempo con fundamento en la sentencia T-784 de 2010. En esta oportunidad, la Corte señaló de conformidad con tal providencia, que la Ley 90 de 1946 había consagrado, a través de sus artículos 72 y 76, un régimen de transición, que obligaba a los empleadores particulares a realizar el aprovisionamiento necesario para que, una vez el Instituto de Seguros Sociales comenzara a realizar el llamado a afiliación, cada empresa pudiese responder con las cuotas proporcionales correspondientes el tiempo de servicio laborado y no cotizado ante el mismo.

6.4.3.3. De acuerdo con lo expuesto,[74] es posible observar que la diversidad de soluciones propuestas a los casos de aquellos trabajadores que prestaron sus servicios por un tiempo menor al que el legislador consideró en aquél entonces como el mínimo amparable por el “tránsito prestacional” (10 años), conduce a reiterar la idea de la Sala Laboral, según la cual se trató de casos que no fueron regulados en los acuerdos o reglamentos del Instituto de Seguros Sociales y bajo esa premisa, que todo el contingente pensional que trajo consigo dicha situación irregular ahora se ve en serias dificultades para acceder a una pensión de vejez, a pesar de que en muchos casos, “ese tiempo que no se tiene en cuenta” podría equivaler a casi la mitad de su vida laboral.

6.5.1. Frente a casos con dichas particularidades, el propio legislador laboral, ya desde 1950, había dispuesto para el juez un amplio inventario de herramientas interpretativas, entre ellas, el principio de equidad.[75] Sobre el particular, el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo establece que: “Cuando no haya norma expresamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarias a los derechos del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad”. (resaltado fuera del texto original)

De acuerdo a lo anterior, la equidad aparece como la principal herramienta que debe guiar la aplicación del régimen supletorio de las normas del trabajo, lo que resulta a fin con lo previsto en el inciso 2º del artículo 230 constitucional, en el que se reconoce su status como criterio auxiliar de la actividad judicial,[76] más allá de que en algunos escenarios, como la función que prestan los jueces de paz[77] o en los casos de tribunales de arbitramento habilitados para resolver litigios en equidad,[78] desempeñe el papel principal.[79]

6.5.2. Para el caso que debe resolver ahora esta Sala, resulta relevante profundizar en la función que cumple la equidad en relación con administración de justicia y con las decisiones relativas al derecho del trabajo. En primer lugar, el artículo 18 del CST advierte que “[para su] interpretación (...) debe tomarse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º”, siendo esta “(...) la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”.

Al respecto, en la Sentencia SU-837 de 2002, se indicó que la equidad tiene como propósito ajustar el derecho a las particularidades de cada asunto, racionalizando la igualdad que la ley presupone y ponderando aquellos elementos que el legislador no consideró como relevantes y que, por lo mismo, pueden llevar a la formación de injusticias. En otras palabras, la equidad tiene en cuenta los efectos concretos que se derivan para las partes del hecho de cumplir con el deber de decidir un asunto en específico.[80] Al respecto, se señaló que:

“(…) En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos “límites”, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto– permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”[81] (Subrayas del texto)

Siguiendo la misma línea argumentativa, también se reconoce que el campo de acción auténtica de la equidad ocurre en aquellos espacios dejados por el legislador, con miras a evitar la consolidación de injusticias, ya sea porque no se regló una hipótesis específica dentro de una norma, o porque una situación en general no ha sido regulada.[82] En este

sentido, en la citada sentencia de unificación, se indicó que: “(...) el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia”.

Ahora, al momento de acudir a la equidad como criterio de interpretación, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos que orientan su aplicación:

“(…) El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes –sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial– es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación. De lo anterior también se concluye que decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal”. [83]

6.5.3. Tal como se advirtió, existe una circunstancia específica respecto de la cual el legislador no ofreció un remedio legal y que, de un lado, ubicó al trabajador en una situación de desprotección frente a la pérdida de los tiempos laborados con anterioridad a la afiliación al ISS y que, de otro, se encargó de beneficiar al empleador en el sentido de

liberarlo por completo de cualquier reconocimiento que representara dicho tiempo de labor de sus asalariados.

6.5.4. La aplicación de la equidad, en este caso, demanda que se equilibren las cargas entre trabajador y empleador, pues si bien este último no fue obligado expresamente por el legislador a reconocer dicho tiempo de servicios, circunstancia visible a través de la historia y la forma como se pretendió hacer la subrogación de los riesgos por el sistema; también es cierto que la decisión legislativa de implementar el mismo no puede soportarla únicamente el asalariado, quien trabajó con una misma empresa un tiempo que en muchos casos le significó casi la mitad de su vida laboral y frente al cual mantuvo la expectativa de que se reconocería al momento de obtener una pensión, considerando que antes de operar la afiliación, era el patrono quien estaba sometido a una obligación condicional relativa a una prestación plena o restringida, según fuera el caso.

Si bien la equidad no exige un equilibrio perfecto, es precisamente la carga excesivamente onerosa que debe soportar el trabajador en estos casos lo que repugna a dicho principio, pues como consecuencia de la ausencia de un remedio jurídico a su situación, estas personas actualmente no cuentan con un auxilio mínimo en su senectud, a pesar de haber entregado su fuerza laboral, casi en todos los casos, en su edad más productiva.[84]

6.5.5. Por la misma forma como se concibió el Sistema de Seguridad Social, esto es, como un interfaz progresivo tendiente a brindar una cobertura universal, los empleadores no tenían certeza de cuando podían ser llamados por ISS, motivo por el que de una u otra forma, seguían sometidos a una serie de disposiciones legales que contemplaban obligaciones futuras de índole económico que estaban sometidas al cumplimiento de una serie de condiciones,[85] como lo eran que el trabajador prestara sus servicios por más de 20 años o que el empleador fuera llamado por el ISS para subrogar el riesgo de vejez, por lo cual era deber de los empresarios actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia” en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil desde el año 1887, y adoptar las medidas para garantizar las prestaciones a las que eventualmente su trabajador pudiera llegar a tener derecho. Así, aunque por diferentes circunstancias, ya sean fácticas o normativas, dichas condiciones no se hayan cumplido, esto no implica per se que el juez constitucional no pueda tener en cuenta tales situaciones para realizar una aplicación del principio de equidad, máxime cuando el único afectado por el tránsito legislativo, en casos

como el estudiado, es el empleado, a pesar que de la relación laboral se beneficiaron ambos extremos del vínculo contractual.[86]

6.5.6. En ese sentido, a partir de la situación planteada y el desequilibrio existente, la Sala debe buscar evitar las consecuencias injustas que se derivan de la misma, no solo para el trabajador, sino también para el empleador, en el sentido de no generar un nuevo desbalance excesivamente oneroso o arbitrario del otro lado de la relación.

6.5.6.1. Así en virtud del principio extensamente explicado, para superar la imposibilidad del petionario de acceder a la pensión de jubilación, la Sala considera que los antiguos patronos deben hacer el pago de los aportes faltantes al trabajador para cumplir los requisitos mínimos de la pensión de vejez, siendo enfáticos en que no se trata de la totalidad de los aportes por el tiempo completo laborado sino el necesario restante para que la persona pueda pensionarse. Así mismo, para efectos de los aportes, el salario que debería tenerse en cuenta no ha de ser necesariamente el que devengaba el extrabajador, sino el salario mínimo de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral. Igualmente, considerando que fue el Estado Colombiano, a través del legislador, quien de alguna forma omitió brindar un remedio legal para los casos del contingente pensional que se analiza, también le asiste responsabilidad, la cual debe ser asumida por el Sistema en el sentido de no recibir todos los aportes de la vida laboral de una persona, sino tan solo los necesarios para obtener la pensión. Finalmente, teniendo en cuenta que las cotizaciones al sistema también se componen de un aporte del trabajador, considera la Sala que en estos casos el mismo debe contribuir en una proporción.

6.5.7. Aunque las anteriores pautas obedecen apenas a una solución genérica fundada en el principio de equidad, y ha de ser en el análisis del caso concreto donde se tomen los correctivos específicos, lo dicho responde a los elementos característicos de la equidad, ya que (i) se estaría en presencia de un contexto empírico de connotación especial no previsto por el legislador, que (ii) ya no generaría una situación de desequilibrio entre las partes, pues no impone una carga excesivamente onerosa a una de ellas y (iii) guarda coherencia con la lógica del sistema y con la coberturas mínimas de protección previstas para los trabajadores.

6.5.8. Ahora, siguiendo la misma línea de que con la aplicación del principio de equidad no

puede generarse otra situación de asimetría como la que se pretende corregir, a lo anterior debe agregarse que si la persona busca por este medio lograr una pensión para amparar su vejez, no sería razonable que lo hiciera contando con otras pensiones o cumpliendo los requisitos para ellas, desvirtuando al mismo tiempo la búsqueda de cometidos superiores como la dignidad humana o el derecho al mínimo vital. En efecto, la Sala considera que una solución en equidad debe brindarse cuando el trabajador, en la hipótesis que se ha venido tratando, acredite que:[87]

(i) La relación laboral se inició y se extinguió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esto, con fundamento en que el literal c) del artículo 33 de dicha ley, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 responde en parte el problema jurídico planteado, pues señala que para efectos del cómputo de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez se tendrá en cuenta el tiempo de servicio con empleadores que antes de la vigencia de la ley tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.[88]

(ii) No cumplir con los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, por no haber laborado 20 años de manera continua con el mismo empleador.

(iii) Tampoco cumplir los requisitos para acceder a la “pensión sanción” o a su equivalente[89], ni para beneficiarse de las hipótesis de compartibilidad establecidas y ya explicadas, entre otros, en el Decreto 3041 de 1966.

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

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

6.6. Así las cosas, en virtud del principio de equidad, se impone la solución previamente expuesta, esto es, que el empleador que fue sujeto de llamamiento por el ISS es responsable por los aportes mínimos correspondientes al tiempo que el trabajador prestó

sus servicios antes de la afiliación al Instituto cuando el mismo llevaba menos de 10 años, siempre que se trate de la única alternativa pensional de la persona.

Finalmente, debe advertirse que este “deber patronal” no es, por demás, una solución frente a la cual el legislador luego de la entrada en funcionamiento del sistema no se hubiera pronunciado. En efecto, considerando todas las dificultades que la ausencia de dicho remedio legal generó para aquellos trabajadores, el derogado artículo 37 de la Ley 50 de 1990, había previsto una solución: “Parágrafo 1o. En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez.” (subrayado fuera de texto)

Aunque dicha disposición fue derogada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, en la exposición de motivos de la Ley 50 de 1990, ya se advertían todas las dificultades relativas a los problemas de cobertura que aquejaban al Instituto de Seguros Sociales: “De acuerdo con las estadísticas más recientes sólo el 17% de la población nacional está protegida por algún régimen de seguridad social. // (...) dimensiones tales como el tamaño de las diferentes cajas y fondos, la cobertura geográfica y municipal, el cubrimiento por rama de actividad económica, el esfuerzo de la cotización y los beneficios otorgados por los diferentes regímenes, [hacen] del sistema de seguridad social colombiano uno de los más desequilibrados y desiguales del mundo”. [90]

En efecto, la solución dada por esta Sala aplicando el principio de equidad a los casos señalados, no solo se aviene a los principios constitucionales y laborales de las relaciones de trabajo, sino que también consulta lo que para el propio legislador, desde años atrás, ya se había convertido en una legítima preocupación.

6.7. Con fundamento en las anteriores consideraciones, esta Sala de Revisión se pronunciará sobre el caso en concreto, abordando la aplicación del principio de equidad y su desarrollo expuesto.

7. Incompatibilidad y compensación entre la pensión de vejez y la indemnización sustitutiva

7.1. Tal como se dijo, la pensión de vejez se constituye como una prestación económica, que luego de largos años de trabajo y ahorro forzoso, se reconoce bajo el cumplimiento de ciertos requisitos consagrados en la ley, referidos principalmente al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y edad del afiliado. A diferencia de esta prestación, la indemnización sustitutiva se reconoce a aquellas personas que, a pesar de haber llegado a la edad para reclamarla, no cumplieron con el tiempo o las semanas de cotización y manifiestan voluntariamente no poder seguir trabajando y así, aportar al sistema.

7.2. Esta diferencia, es lo que permite afirmar que la indemnización sustitutiva es excluyente del pago de la pensión de vejez, dado que solo en defecto de ésta se reconocería la primera. Así, en principio, si una persona obtiene la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no podría posteriormente pedir una pensión de la misma naturaleza o viceversa.

7.2.1. Sin embargo, esta última incompatibilidad, contenida a lo largo de la legislación colombiana en seguridad social,[91] puede resultar apenas aparente, puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez).

7.3. Esta tesis, también sostenida por la Corte Suprema de Justicia,[92] ha recibido un tratamiento diverso en términos metodológicos, en la medida que la entidad encargada de reconocer la pensión debe prever los mecanismos necesarios para que de forma gradual o inmediata el afiliado compense los dineros entregados en virtud, por ejemplo, de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mientras le es pagada esta última.

8. Análisis del caso concreto

8.1. De acuerdo con las subreglas señaladas en el numeral 6.5.8., el señor Correa Vélez trabajó para Bavaria S.A. desde el 12 de diciembre de 1959 hasta el 19 de enero de 1975, extinguiéndose la relación laboral antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[93].

Asimismo, el tiempo de servicio prestado a la entidad es insuficiente para acceder a las prestaciones consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, en la Ley 171 de 1961 y en el Decreto 3041 de 1966, pues para aplicar los supuestos planteados en dichos regímenes es necesario contar, al menos, con 10 años laborados de manera continua para el mismo empleador al momento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

Por otra parte, este Tribunal evidencia que, antes del 1º de enero de 1967, es decir, entre el 12 de diciembre de 1959 y el 31 de diciembre de 1966, el empleador no tenía la obligación legal expresa de realizar los aportes para pensiones en relación con el accionante, como quiera que Bavaria S.A. fue llamada a afiliarse a sus trabajadores solo desde esa fecha.

Igualmente, el periodo efectivamente cotizado y el acumulado por mora patronal del señor Correa Veléz equivale en total a 894,72 semanas, tiempo insuficiente para obtener la pensión de vejez, toda vez que según el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990[94] se requieren aportes equivalentes a 1000 semanas en cualquier tiempo[95], las cuales sí se acreditarían de contarse el tiempo laborado para Bavaria antes del 1 de enero de 1967, pues el actor trabajó aproximadamente 7 años y 19 días, lo equivalente a 364 semanas de cotización, obteniendo un acumulado de 1258.72.

8.2. Por lo expuesto, la Sala estima que el caso del actor se enmarca en aquellos en los que la ausencia de remedio legal, por tratarse de un trabajador que llevaba menos de 10 años de servicios a una misma empresa al momento de afiliación al ISS, afecta su derecho fundamental a la seguridad social puesto que no tiene otra opción pensional, resultando imperioso dar aplicación al principio de equidad.

8.3. En ese orden, esta Corporación considera que una fórmula que se ajusta a dicho axioma, es que el antiguo empleador cancele el 75% de los aportes correspondientes al número de semanas estrictamente necesarias para acceder a la pensión de vejez, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral, debiendo pagar el 25% restante de los mismos el actor.

8.3.1. En primer lugar, esta Corporación reconoce que Bavaria S.A., en principio, cumplió con las obligaciones laborales que tenía para la época del vínculo contractual con Orlando Correa Vélez. No obstante, en virtud del principio de equidad, es la llamada a cooperar para superar la imposibilidad del peticionario de acceder a la pensión de jubilación, frente a la

carga desproporcionada que implicó para el mismo la ausencia de remedio legal en este caso.

8.3.2. En ese sentido, la Sala no estimaría razonable que se le ordene a la empresa el pago de la totalidad de los aportes teniendo como base el salario que devengaba el accionante, pero si la cancelación de las cotizaciones en el referido porcentaje (75%) sobre el número de semanas que le faltan al peticionario para acceder a la prestación de vejez, teniéndose como base de cotización, se reitera, el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral.

8.3.3. Sobre este último tema, la Corte considera que, a la luz del principio de equidad, la cancelación de los aportes correspondientes al número de semanas que le faltan al peticionario para acceder a la pensión de jubilación (105.08[96]), teniendo como base los salarios mínimos establecidos para la época de la relación contractual, le permiten acceder a dicha prestación, sin que se vea afectado el monto de la misma, en tanto, la base de liquidación de la pensión según la Ley 100 de 1993[97] se obtiene de la aplicación de una fórmula que tiene en cuenta los salarios sobre los cuales cotizó el trabajador en los últimos 10 años[98], y dentro de los cuales no se encuentran los trabajos para Bavaria S.A., pues el señor Correa Vélez prestó sus servicios a esta empresa al inicio de su vida laboral.

8.3.4. Por otra parte, el hecho de que el pago de los aportes a cargo de la demandada se efectúe sobre un 75% y no sobre el 100%, busca hacer efectivo un componente de cooperación, y tiene como origen el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[99], que estableció que el monto de cotización será pagado en tal porcentaje por el empleador, y el restante 25% por el trabajador. Igualmente, la cancelación de dicha suma de dinero por parte del accionante también pretende que no se obvie el hecho de que no efectuó las cotizaciones necesarias en el periodo comprendido entre el 30 de julio de 1974 y el 30 de julio de 1994, lo que derivó en que no pudiera ser beneficiario de la pensión establecida en el mismo Acuerdo 049 de 1990 que establece la mesada con sólo 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (60 años).

En todo caso, para la Sala no pasa inadvertido que la dificultad económica por la que atraviesa el demandante, que fue una de las razones que motivaron la presentación de esta tutela, le impediría cancelar oportunamente el 25% del aporte señalado en el párrafo

anterior. Por ese motivo, y considerando que condicionar el reconocimiento pensional al pago de dicho porcentaje por el trabajador constituiría más demoras que podrían llegar a hacer nugatorio el goce efectivo de sus derechos, esta Sala concluye que, como quiera que el derecho a la pensión ya se entiende causado de conformidad con el tiempo laborado, la solución que mejor se aviene para salvaguardar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del actor sin desatender el principio de equidad que debe informar las relaciones laborales, consiste en ordenar a Colpensiones el cubrimiento inmediato de ese 25% de aportes a favor del señor Correa Vélez con la posterior deducción de los mismos de las mesadas pensionales a pagar, sin que ello llegue a afectar los topes del salario mínimo y previo acuerdo con el pensionado.

8.3.5. Por lo demás, este Tribunal resalta que la sostenibilidad financiera del sistema pensional de prima media no se verá afectada, por cuanto la pensión será reconocida con el cumplimiento de todos los requisitos legales, en tanto, se respeta la edad y el número de semanas consagradas en la normatividad, puesto que el actor tiene más 60 años, y la suma de los periodos aportados y los que deberán ser pagados equivalen a las 1000 semanas exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. En efecto, en el expediente se encuentra probado que el señor Orlando Correa Vélez tiene 79 años, ya que nació el 30 de julio de 1934, y los períodos cotizados efectivamente al ISS (hoy Colpensiones) corresponden a 793 semanas, más la mora patronal a cargo del mismo Instituto por 101,72 semanas y los que serán cancelados en virtud de esta providencia le permitirán cumplir el tiempo de aportes estipulado en la disposición pensional aplicable.[100]

8.3.6. Ahora bien, podría sostenerse que para las finanzas públicas resultaría más beneficioso que se pagara la totalidad de los aportes correspondientes a la duración de la relación laboral y no sólo el dinero que hace falta para reconocer la pensión. Si bien dicha afirmación es verdadera; esta Corporación también advierte que fue debido a la ausencia de un régimen de transición para las personas que llevaban menos de 10 años en una misma empresa al momento de aseguramiento al ISS, que se han presentado situaciones como la estudiada. Situaciones en las que a pesar de que un ciudadano laboró por más de 15 años no pudo acceder a la mesada de jubilación como si la obtuvieron individuos que laboraron para un mismo empleador por igual lapso de tiempo. Así pues, la regla establecida en esta providencia también pretende que el Estado asuma parte de la responsabilidad de los efectos del tránsito legislativo que devino en la afectación de los

derechos fundamentales de algunas personas.

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

Asimismo, se dispondrá que Bavaria S.A. pague a Colpensiones el 75% de la suma que se establezca en dicho cálculo, y se ordenará a Colpensiones que cancele el 25% restante, el cual podrá deducirlo de las mesadas pensionales a pagar, luego de pactar con el accionante una forma razonable de hacerlo, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente. De igual forma, considerando que existe mora patronal en el pago de 101,72 semanas, y que esta situación no la debe asumir el trabajador según en numeral 5.6., Colpensiones debe contribuir con los aportes correspondientes a estas semanas y posteriormente buscar por los medios coactivos de que dispone el reembolso patronal de los mismos.

Finalmente, se le advertirá a la citada administradora de pensiones que una vez recibidos los pagos correspondientes, sin más demoras, deberá reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Orlando Correa Vélez, conforme al régimen previsto en el Acuerdo 049 de 1990. Señalando igualmente que, deberá pactar con el accionante una forma razonable en la que compense los pagos hechos por la indemnización sustitutiva reconocida el 9 de noviembre de 1999, mediante Resolución N° 013751 y en cuantía única de \$10'578.645. A menos que el accionante disponga el pago de dicha cuantía con sus valores actualizados en una sola cuota, se deberán hacer los respectivos descuentos de cada mesada pensional, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente. En todo caso, la forma de compensación como la deducción del 25% de los aportes de las mesadas pensionales dispuesto en el párrafo anterior, debe ser el resultado de un acuerdo entre la entidad aseguradora y el señor Orlando Correa Vélez.

III. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de tutela proferida por la Sala Segunda de Decisión en Familia del Tribunal Superior de Medellín- Antioquia- el 24 de junio de 2013, que a su vez confirmó la del Juzgado 14 Piloto de Familia del mismo distrito judicial el 6 de marzo de 2013, mediante la cual se denegó el amparo al derecho al debido proceso del señor Orlando Correa Vélez contra el ISS en Liquidación y Colpensiones, y como vinculados la Cervecería Unión Bavaria S.A., el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de tutela proferida por la Sala Segunda de Decisión en Familia del Tribunal Superior de Medellín- Antioquia- el 24 de junio de 2013, que a su vez confirmó la del Juzgado 14 Piloto de Familia del mismo distrito judicial el 6 de marzo de 2013, en relación con la determinación de denegar el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del señor Orlando Correa Vélez; y en su lugar TUTELAR el mismo.

TERCERO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, realice el cálculo correspondiente a los aportes equivalentes a las semanas que le hacen falta al actor- 105,28 aprox.- para cumplir el tiempo de servicio necesario para acceder a la prestación de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo como base de cotización el monto de los salarios mínimos de la época en la que se desarrolló el vínculo laboral entre él y Bavaria S.A. desde el 12 de diciembre de 1959 hasta el 31 de diciembre de 1966. Una vez elaborado el mismo, tendrá 24 horas para ponerlo en inmediato conocimiento de Bavaria S.A. y del señor Orlando Correa Vélez, informándole al primero a cuanto corresponde el 75% del mismo y al segundo a cuanto corresponde el 25%.

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

QUINTO.- ORDENAR a Colpensiones que, en nombre del trabajador, dentro de los dos (2) meses siguientes al momento de la expedición de dicho cálculo, aporte el 25% de la suma que en el mismo se establezca; porcentaje que podrá deducirlo de las mesadas pensionales a pagar, luego de pactar con el accionante una forma razonable de hacerlo, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los dos (2) meses siguientes al momento en que elabore el cálculo, aporte y cancele lo correspondiente a las 101,72 semanas que se registran con mora patronal en la historia laboral del señor Correa Vélez. Una vez hechos los correspondientes pagos, tendrá un (1) mes para iniciar los respectivos cobros coactivos contra el empleador moroso.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Colpensiones que una vez recibidos los pagos de las sumas establecidas en el cálculo (2 meses), deberá, dentro de los quince (15) días siguientes, reconocer y pagar la pensión de vejez del señor Orlando Correa Vélez, conforme al régimen previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, desde el 16 de diciembre de 2010.

OCTAVO.- ORDENAR a Colpensiones que, quince (15) días después del pago de la primera mesada pensional al accionante, requiera al mismo para que pacte con él una forma razonable en la que compense los pagos hechos por la indemnización sustitutiva reconocida el 9 de noviembre de 1999, mediante Resolución N° 013751 y en cuantía única de \$10'578.645. A menos que el accionante disponga el pago de dicha cuantía con sus valores actualizados en una sola cuota, se deberán hacer los respectivos descuentos de cada mesada pensional, sin afectar el valor mínimo de la pensión, a menos que ella equivalga a un salario mínimo legal mensual vigente. En todo caso, tanto la forma de compensación como la deducción del 25% de los aportes de las mesadas pensionales dispuesto en el numeral quinto de la parte resolutive de esta sentencia, debe ser el resultado de un acuerdo entre la entidad aseguradora y el señor Orlando Correa Vélez.

NOVENO.- ORDENAR al accionante que, en el momento en que sea requerido por Colpensiones, debe pactar con la entidad aseguradora una forma razonable en que (i) compense el pago que le fue hecho, el 9 de noviembre de 1999, a título de indemnización sustitutiva, mediante Resolución N° 013751 y en cuantía única de \$10'578.645, y (ii)

reembolse el 25% de los aportes que Colpensiones se vio obligada a pagar de conformidad con el numeral quinto de la parte resolutive de esta sentencia, a través de deducciones que deberán hacerse a cada mesada pensional, a menos que el peticionario proponga una forma más eficiente, adecuada y conveniente de hacerlo.

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

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-937/13

Referencia: Expediente T-4.014.950

Acción de tutela presentada por Orlando Correa Vélez contra el Instituto de Seguros Sociales -ISS- en Liquidación y Colpensiones, y como vinculados la Cervecería Unión Bavaria S.A. el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Quinta de Decisión Laboral y del Tribunal Superior de la misma ciudad.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado discrepo de la decisión proferida en el fallo de la referencia, en lo que concierne a la responsabilidad del empleador frente al pago de cotizaciones al régimen de seguridad social en pensiones, cuando no existía cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales, por las razones que paso a explicar:

A mi juicio, la Sala debe partir de lo señalado por la Corporación en las sentencias C-506 de 2001 y C-1024 de 2004, fallos en los que la Corte examinó el inciso c del párrafo 1º de la Ley 100 de 1993[101], y en los cuales precisó que los trabajadores que se encontraban vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión antes de la ley 100 de 1993, tenían una simple expectativa y solo se concretaba su derecho a la pensión con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos. En consecuencia, las decisiones frente al tema ameritan un pronunciamiento por la Sala Plena de la Corporación, a efectos de establecer el alcance e interpretación de las normas que permiten conmutar el tiempo de servicio prestado a los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión y que no les era permitido afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, conforme lo dispuesto por la Ley 90 de 1946. Es la Sala Plena quien debe fungir como interprete fidedigno y verdadero de los efectos y alcances de sus propias decisiones y, en consecuencia, despejar cualquier duda respecto del sentido de sus sentencias de constitucionalidad.

De igual manera, no comparto la orden dada a Colpensiones de cubrir el 25% de los aportes faltantes del accionante, con la posterior deducción de los mismos de las mesadas pensionales que reciba el actor, por las razones que a continuación expongo: El sistema de seguridad social integral en pensiones es de naturaleza esencialmente contributiva, su soporte financiero son las cotizaciones. La obligación de pagar los aportes al sistema constituye una obligación, un deber vital para su sostenibilidad, más tratándose del régimen

solidario de prima media con prestación definida, puesto que, la prestación que se reconozca se calcula con base en el ingreso base de cotización y, además, se trata de un aporte económico que sustenta el pago de prestaciones futuras de los afiliados. Ordenar asumir el pago de las cotizaciones faltantes de manera temporal por parte de Colpensiones, estimo, afecta la sostenibilidad financiera del sistema y resulta contrario a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 en cuanto señala que: para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicios o las semanas de cotización (...)" . La pensión es una prestación económica que debe reconocerse hasta tanto no se satisfaga el tiempo exigido por la ley, razón por la cual considero que hasta tanto el actor no efectúe las cotizaciones faltantes no podía ordenarse su reconocimiento, exceptuando claro está, eventos como la mora en el pago de aportes, reservas actuariales, cuotas partes y bonos pensionales. No corresponde a la jurisprudencia crear una solución de tal dimensión, menos si la intención normativa fue contraria a consagrarla.

Fecha ut supra,

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-937/13

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento se basa en deber legal de aprovisionamiento y no se agota en el principio de equidad (Aclaración de voto)

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

Referencia: Expediente T-4.014.950

Acción de tutela instaurada por Orlando Correa Vélez contra la Cervecería Unión Bavaria S.A. y otros

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me permito hacer explícitas las consideraciones que me llevaron a aclarar el voto en la sentencia T-937 de 2013[102].

El caso gira en torno a la situación de Orlando Correa Vélez quien interpuso acción de tutela contra la providencia judicial que negó su derecho pensional. Según se probó, el señor Correa trabajó para Bavaria S.A. (anteriormente Unión Bavaria S.A.) desde el 12 de diciembre de 1959 hasta el 19 de enero de 1975, pese a lo cual jamás se realizaron los aportes por el empleador al sistema de seguridad social correspondientes a los primeros siete años, excusándose este último en que los llamados a inscripción al ISS solo ocurrieron a partir del 1º de enero de 1967.

Comparto el sentido general de la sentencia de revisión T-937 de 2013 al conceder el amparo. Sin embargo, es mi deber aclarar que, en casos como el presente, el fundamento normativo de la protección no se agota en el principio de la equidad, sino que encuentra respaldo en el deber legal de aprovisionamiento inequívocamente consagrado por la Ley 90 de 1946 en sus artículos 72 y 76. En la decisión T-770 de 2013, cuya ponencia me correspondió, fundamenté dicha obligación a partir de consideraciones normativas, históricas y conceptuales, para así concluir que:

“[A]unque no era responsabilidad de la empresa realizar al I.S.S. los aportes a pensión antes de 1967, por cuanto no habiendo entrado en funcionamiento el Instituto nadie está obligado a lo imposible, sí constituía un deber jurídico de cada empleador realizar los aprovisionamientos necesarios para hacer las transferencias al I.S.S. una vez la entidad hiciera el llamado a afiliación (Ley 90 de 1946, art. 72 y 76). Como se dijo anteriormente, la entrada en operación del Instituto era un hecho futuro pero cierto, por lo que era responsabilidad de cada empresario actuar con la diligencia propia del “buen padre de familia”[103] en el cuidado de sus negocios, según la máxima prescrita en el Código Civil

desde el año de 1887.

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

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

Es preciso anotar también que fue voluntad expresa del legislador disponer este régimen de transición, condicionado por el pago de un aporte previo del empleador, por cuanto la ausencia del mismo daría origen a una tremenda injusticia, ocasionada por el servicio prestado por un trabajador pero no reconocido en aportes (...)”[104].

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

“Es precisamente la nueva Carta Política la que consagra, como pilares fundantes del Estado, a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran[105]. Como ya se explicó, la idea de solidaridad es la “que cohesiona y une a los individuos en el complejo social, permite al Estado recurrir a medios de exacción fiscal de imposición total o parcial, a fin de costear financieramente los gastos que supone el servicio público”, como es el caso de la seguridad social.

El orden constitucional guarda entonces una especial inclinación por la vigencia de un

régimen solidario, que supere el individualismo acérrimo y el liberalismo decimonónico. El principio/deber de la solidaridad social tiene un poder vinculante[106] que exige un comportamiento acorde con el hecho de la interdependencia social; la cual se manifiesta, en gran parte, en las relaciones laborales (...)”[107].

Bajo las anteriores precisiones acompaño esta vez la sentencia T-937 de 2013, en tanto concede un mínimo de protección al señor Correa y no permite que su trabajo por más de siete años sea totalmente desconocido para efectos de su derecho pensional. Pero por las mismas razones también debo explicar el alcance de mi voto, reiterando el origen legal del deber de aprovisionamiento, y lo que en mi opinión constituye el verdadero alcance de los principios constitucionales de la equidad y la solidaridad.

En efecto, el principio fundante de la solidaridad no debe entenderse como un sentimiento de benevolencia o caridad con el trabajador desprotegido, sino como una auténtica disposición normativa que exige la responsabilidad común ante la injusticia[108]. No se trata entonces de ordenar a manera de dádiva el pago de las semanas restantes para que un trabajador acceda a la pensión mínima que le permita tan solo subsistir, sino de la responsabilidad colectiva que tenemos como sociedad frente al ciudadano por el trabajo efectivamente prestado, mas no reconocido.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Ocho, mediante auto del 29 de agosto de 2013.

[2] Esta sociedad fue vinculada al trámite de tutela mediante Auto del 23 de febrero de 2013 por el Juez 14 Piloto de Familia de Medellín- Antioquia-.

[3] Estas autoridades fueron vinculadas al trámite de tutela, en sede de Revisión, mediante Auto del 21 de noviembre de 2013 proferido por esta Corporación.

[4] De acuerdo con la copia simple de su identificación y otros documentos que obran en el

expediente, el demandante nació el 30 de julio de 1934. Folio 10 del cuaderno principal.

[5] Reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizadas al 9 de mayo de 2012. Folio 11 del cuaderno principal.

[6] Mora patronal con razón social NANCY MADRID desde 01/11/1996 hasta 30/11/1996 por 4,29 semanas; mora patronal con razón social NANCY MARIA MADRID YEPES desde 01/06/1997 hasta 30/06/1997 por 4,29 semanas; mora patronal parcial con razón social JORGE ORLANDO CORREA desde 01/10/1997 hasta 31/10/1997 por 2,86 semanas; y mora patronal con razón social JORGE ORLANDO CORREA desde 01/11/1997 hasta 30/09/1999 por 90,28 semanas. Folio 37 del cuaderno principal.

[7] Resolución N° 013399 de 1998 “Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones- Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”

[8] Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990: “Artículo 12. Requisitos de la Pensión por Vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: “a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, “b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo ”.

[9] En el escrito de tutela, se señala que “(...) se presentó demanda ante la justicia ordinaria laboral, el cual manifestó contrariedad al momento de suscribir los hechos y solicitar las pretensiones (sic), lo que da al traste en la sentencia y fue confirmada en segunda instancia, por tal motivo se aporta copia de la misma.” Adicionalmente, en el mismo, se aporta el Acta de Audiencia Pública del 23 de agosto de 2012 emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín dentro del proceso de Orlando Correa Vélez contra el ISS, en la que se determina que las partes no se hicieron presentes ni remitieron sus alegatos, por lo que se confirmó la decisión de primera instancia.

[10] “PRIMERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libre oficio al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín y a la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Medellín, adjuntando copia de la acción de tutela instaurada por Orlando Correa Vélez, de sus anexos, del auto admisorio y de los fallos de instancia proferidos dentro del proceso de la referencia, para que se entiendan vinculados a este proceso de tutela, con el fin de que en el perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la comunicación de esta providencia, se pronuncien acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo.”

[11] “SEGUNDO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se solicite a las autoridades judiciales vinculadas en el numeral anterior que, en el mismo término, envíen una copia del expediente correspondiente al radicado del proceso No. 05-001-31-05-001-2012-00058-00, verificando como demandante al señor Orlando Correa Vélez y como demandado al Instituto de Seguros Sociales; recordándoles que el sumario deberá remitirse de manera completa, en atención a lo conservado en cada instancia y a lo archivado el 5 de diciembre de 2012.”

[12] “TERCERO.- Ordenar que, por Secretaría General, se inste al accionante para que, en un término de cinco días hábiles, a partir de la notificación de este auto, responda el siguiente cuestionario:// De qué actividad deriva su sustento económico y en que consiste. (Aportar documentos o demás pruebas que acrediten su respuesta)// De cuántas personas se compone su núcleo familiar, a qué se dedican y de qué forma se proveen sus necesidades básicas. (Aportar registros que acrediten el vínculo civil)// Cuáles son sus fuentes de ingreso y a cuánto equivalen. (Si tienen pensiones adicionales, rentas por inmuebles, ayudas de familiares cercanos, alimentos, donaciones etc.)// A cuánto equivalen sus gastos mensuales por concepto de manutención, vivienda, transporte, salud, etc. (Acompañar con los documentos respectivos) // Qué enfermedades padecen usted y su esposa, y que limitaciones les generan. (Aportar las historias clínicas)// Si usted o su núcleo familiar tienen en propiedad o poseen bienes inmuebles o automotores.// Quién es el propietario de los inmuebles ubicados en la Calle 38 A Sur No. 46-86 Envigado-Antioquia y en la Carrera 71 No.25A-17 Barrio Belén en Medellín- Antioquia.// Explique a este despacho las razones que justifican su demora en la presentación de la acción de tutela, considerando que la decisión que negó la pensión de vejez es del año 1998.”

[13] Se remitieron un total de 80 folios acompañados de 3 medios magnéticos. En los mismos obran anexos como la Resolución N° 013399 de 1998, mediante la cual se le niega

la pensión de vejez al accionante; la solicitud elevada por el peticionario con el fin de obtener la indemnización sustitutiva y la respectiva Resolución de reconocimiento; el registro civil de matrimonio que acredita la unión entre el señor Correa Vélez y su esposa, la señora Sara Peláez Duque; la historia laboral del actor y las semanas cotizadas mes a mes desde 1967; la liquidación del valor total de la indemnización sustitutiva por 10'578.645; copia completa de la sentencia C-229 de 1998; y el acta de la audiencia pública de juzgamiento de 1° instancia, en la que consta la absolución del Instituto de Seguros Sociales. Folios 14 al 92 del cuaderno de Revisión.

[14] La audiencia de juzgamiento y la sentencia de primera instancia se encuentran contenidas en el medio magnético N° 1 aportado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín. Folio 62A del cuaderno de Revisión.

[15] Esta respuesta remitida por el apoderado del accionante, tiene fundamento en lo declarado por el señor Orlando Correa Vélez ante el Notario Cuarto de Círculo de Medellín el 6 de diciembre de 2013, declaración ratificada por su hijo Jorge Orlando Correa Peláez, quien aseguró el mismo día ante igual funcionario: "(...) asisto económicamente a mis padres (...), los cuales residen con mi sobrino (...) quien también les ayuda económicamente. Ya que mi padre (...) no recibe ni rentas, ni pensiones, ni subsidios de entidades oficiales o particulares, y además está enfermo." Folios 147 y 148 del cuaderno de Revisión.

[16] De acuerdo con el reporte web del Fosyga, el señor Orlando Correa Vélez se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social como cotizante en la EPS Cafesalud.

[17] En respuesta al cuestionario, el accionante respondió: "¿Qué enfermedades padece usted o su esposa? Mi esposa tiene Cáncer de Seno, se mantiene en terapias y tiene problemas auditivos; y a mi hace un (1) mes, me operaron a corazón abierto, estoy en terapias" Folio 39 del cuaderno de Revisión.

[18] Historia Clínica y diagnóstico médico del señor Correa Vélez y la señora Peláez Duque. Folios del 116 al 144 y del 149 al 158 del cuaderno de Revisión.

[19] "Los gastos mensuales de los señores Orlando Correa Vélez y su cónyuge, no son suntuosos, siendo difícil calcularlos, ya que la alimentación es la misma que la que comen

su hijo y su nieto todos los días, el único gasto que se puede calcular son las cuotas moderadoras, de recuperación, y pasajes para asistir a las citas de sus especialistas (cardiología – oncología). Es por esta razón, que un más o menos (sic) de los gastos para alimentación que compran su hijo y su nieto es de unos \$240.000 en comida para cuatro personas; de \$40.000 en gastos de pasajes para las atenciones médicas y cuotas moderadoras; y los gastos en seguridad social en salud llegan a \$90.000; por último el arriendo es pagado solo por el nieto (...) por un valor de \$250.000.” Folio 110 del cuaderno de Revisión.

[20] “El tumor maligno [de la esposa del accionante] permanece, y su IPS donde es atendida esta señora (sic), le recomienda comer alimentación especial (Ensaladas, frutas y jugos sin azúcar), cosa que es imposible porque no puede hacer comida para ella sola, no tiene los recursos monetario suficientes; lo que provocara que su sangre, se contamine de la proteína cancerígena cada días más.” Folio 111 del cuaderno de Revisión.

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

[22] Sentencia T-944 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

[23] De conformidad con la Sentencia SU-813 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería), los criterios generales de procedibilidad son requisitos de carácter procedimental encaminados a garantizar que no exista abuso en el ejercicio de la acción de tutela dentro de un proceso judicial donde existían mecanismos aptos y suficientes para hacer valer el derecho al debido proceso. A juicio de esta Corporación, la razón detrás de estos criterios estriba en que “en estos casos la acción se interpone contra una decisión judicial que es fruto de un debate procesal y que en principio, por su naturaleza y origen, debe entenderse ajustada a la Constitución.”

[24] Por su parte, en sentencia T-1240 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se expuso que los criterios específicos o defectos aluden a los errores o yerros que contiene la decisión judicial cuestionada, los cuales son de la entidad suficiente para irrespetar los derechos fundamentales del reclamante.

[25] Al respecto la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), detalló dichos

requisitos así: “Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes: // a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.// b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.// c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.// d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.// e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias

formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.// f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

[27] “ARTICULO 88. PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO. El recurso de casación podrá interponerse de palabra en el acto de la notificación, o por escrito dentro de los cinco días siguientes. Interpuesto de palabra, en la audiencia, allí mismo se decidirá si se otorga o se deniega. Si se interpone por escrito se concederá o denegará dentro de los dos días siguientes. Al conceder el recurso, se ordenará la inmediata remisión de los autos al Tribunal Supremo.”

[28] Según el Observatorio de Asuntos de Género, la esperanza de vida al nacer para los hombres en Colombia entre 2010 y 2015 oscila de los 72,07 a los 73, 08 años. Ficha Técnica, Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadística- http://www.equidadmujer.gov.co/oag/indicadores/Demograficos/esperanza_de_vida_en_colombia.pdf.

[29] Sobre las consideraciones especiales respecto de personas de la tercera edad al momento de analizar el requisito de inmediatez pueden verse las Sentencias T-276 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-981 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-410 de 2013 (.M.P. Nilson Pinilla), entre otras.

[30] Ver sentencia T-567 de 1998.

[31] Ver Sentencias T-576 de 1993 y T-239 de 1996. En esta última se afirma: “Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo

que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

[32] Sentencia T-781 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

[33] Ibídem.

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

[35] El Artículo 9° de la Ley 797 de 2003 modificó el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así: “Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:// 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.// A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.// 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.// A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

[36] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993: “(...)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 más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. 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.(...)”

[37] Sobre el particular cabe mencionar lo dicho en la sentencia T 923 de 20008 y T-106 de 2006, que a su vez reiteraron lo sostenido en las sentencias T-363 de 1998, CC-177 de 1998 y T-1106 de 2003. Se dijo en dicha ocasión: “El derecho a la seguridad social. El beneficiario de una pensión no debe sufrir las consecuencias de la negligencia de su empleador en el pago de aportes ni la irresponsabilidad de la administración en el cobro de los mismos.(..) De esta manera, cuando el empleador incurre en mora en el pago de los aportes a la entidad de seguridad social, corresponde a esta última proceder al cobro de las cotizaciones pendientes, incluso de manera coactiva si ello fuere necesario...(..)’Es pues necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, en esta primera hipótesis, la Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el patrono cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros.(..)“Vistas así las cosas, y teniendo en cuenta que (...) el Seguro, no obstante la mora del patrono en materia de aportes por concepto de pensión, no tomó las medidas que la ley le brinda para conminarlo a cumplir con sus obligaciones y sin desconocer la reprochable actitud de la empresa demandada, no ve la Sala por qué deba la demandante correr con las consecuencias de las omisiones tanto del antiguo empleador como del Seguro Social.(...)”

[38] Por ejemplo, actividades de alto riesgo para el trabajador.

[39] Tales como la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988, entre otras.

[40] Como en el caso de la Fuerza Pública, tratándose de militares o policías.

[41] Se restauran las libertades de conciencia, de enseñanza y de reunión (arts. 13, 14 y 20 de la Constitución de 1886 reformada por el Acto legislativo No. 1 del 5 de agosto de 1936.

[42] Se reconocen el derecho a la huelga y el derecho a la asistencia pública (arts. 16 y 20 ibídem). Asimismo, el trabajo se define como una obligación de carácter social especialmente protegida por el Estado (art. 17 ibídem).

[43] Fue publicada el 19 de febrero de 1945 mediante Diario Oficial N° 25790.

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

[45] Artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. La misma disposición señala que determinadas obligaciones, incluyendo el reconocimiento de la pensión se extenderían hasta la creación de un seguro social para los trabajadores, el cual sustituiría al empleador en la asunción de las mismas y se encargaría de los riesgos por vejez, invalidez y muerte; la enfermedad general, la maternidad y los riesgos profesionales.

[46] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Proceso número 971, septiembre 9 de 1982. M.P. Ricardo Medina Moyano. Demanda contra el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 259, inciso 2°, Ley 90 de 1946, artículo 72, inciso 1°, artículo 76, incisos 1° y 2°, Decreto Ley número 1650 de 1977. Artículo 8°, inciso 2°, artículo 24. Artículo 43 literal e) y artículo 48, literal e). Actor: Mario Suárez Melo.

[47] GONZALEZ CHARRY, Guillermo, “Prestaciones Sociales del sector privado”, Bogotá. Temis, 1966, Pág. 7. Citado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Proceso número 971, septiembre 9 de 1982. M.P. Ricardo Medina Moyano.

[48] Las consignadas por el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945. Particularmente, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, el auxilio por enfermedad no profesional, las indemnizaciones por enfermedades profesionales, el auxilio por gastos de entierro, el

auxilio de cesantías, etc.

[49] Artículo 14 de la Ley 6ª de 1945.

[50] Sobre este punto, en la Sentencia C-506 de 2001 –reiterando lo expuesto en la Sentencia C-177 de 1998– se dijo que: “El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión”

[51] Inclusive para los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.

[52] Para los efectos de esta sentencia no resulta relevante hacer referencia a la pluralidad de regímenes existentes o a la variedad de entidades que cubrían la contingencia de la vejez. Con todo, una aproximación a estas materias se puede realizar a través de la Sentencia C-506 de 2001, previamente mencionada.

[53] Ley 90 de 1946, artículo 27.

[54] Tal idea se hizo igualmente explícita con el Decreto 2663 de 1950, más tarde disposiciones que se asimilarían en el Código Sustantivo del Trabajo bajo los artículos 193 y 256. Artículo 193: “1. Todos los {empleadores} están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este Título, salvo las excepciones que en este mismo se consagran.// 2. Estas prestaciones dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.” Artículo 256: “1. Los {empleadores} o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo. 2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a

cargo de los {empleadores} cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”

[55] “ARTÍCULO 21. El patrono estará obligado a entregar la totalidad de la cotización, es decir, tanto su propio aporte como el de sus asalariados, en su caso, a la correspondiente Caja Seccional, en el tiempo y forma que establezca el Instituto. Este determinará si se aplica para los recaudos el sistema de estampillas y libretas o el de planillas, o cualquiera otro.// El patrono, al efectuar el pago del salario de cada asegurado, retendrá la parte de cotización que éste debe aportar en razón del período de trabajo cubierto por el salario y de la clase de riesgo de que se trate, y eventualmente, cualquier tasa, multa o reembolso exigibles del asegurado, de acuerdo con los reglamentos del Instituto.”

[56] De acuerdo con el concepto 11951 de 2010 emanado del Instituto de Seguros Sociales, mediante la Resolución 831 de 1966, se formuló el primer llamamiento a inscripción al sistema. En esta oportunidad, se ordenó que a partir del 1º de enero de 1967, debían ser afiliados al Seguro Social Obligatorio los trabajadores que ejercieran sus actividades en las jurisdicciones cubiertas por las Cajas Seccionales de los Seguros Sociales de Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle, y por las Oficinas Locales de los Seguros Sociales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta.

[57] Sobre la afiliación forzosa de ambos grupos de trabajadores al ISS en condiciones de igualdad, es decir, aquellos que llevaran más de 15 años y los otros que llevasen más de 10, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 5 de noviembre de 1976 respecto del juicio seguido por Guillermo Gaitán Jurado contra la Cervecería Andina S.A. señaló: “ El entendimiento anterior, que sitúa en un mismo pie de igualdad a los trabajadores con 10 o más años de servicios y a los de 15 o más, tiene sus raíces en el ya comentado inciso 2º del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que se refiere a las ‘condiciones del seguro de vejez’ para servidores con más de 10 años, en general, disponiendo que no podrán ser menos favorables que las establecidas sobre jubilación. A esta exigencia respondió el Reglamento en sus artículos 60 y 61, salvaguardando el derecho de esos dos grupos de trabajadores de no recibir, como pensión de vejez, una mesada inferior a la que les correspondería por pensión de jubilación.”

[58] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral – Sección Primera-. Radicación 6508, noviembre 8 de 1979. M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Ana Elisa Falla v.s. Industrias Philips de Colombia S.A.

[59] Esta hipótesis del reconocimiento de la pensión sanción en el marco del artículo 61 del Decreto 3041 de 1966 fue extendida, por vía jurisprudencial, para otras pensiones especiales de carácter restringido como la pensión por retiro voluntario contenida igualmente en la Ley 171 de 1961. En sentencia del 8 de noviembre de 1979, Rad. 6508, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo: “Nada dijeron esas normas acerca de la pensión especial por retiro voluntario después de 15 años de servicios, de que trata el mismo artículo 8ª referido, pero es forzoso entender que ese grupo de trabajadores (los que llevaban 10 años o más de servicios cuando el Seguro Social comenzó a asumir el riesgo de vejez) conservó el derecho a reclamarla de sus respectivos patronos si se daban las condiciones de ley dentro de los siguientes 10 años, pues, de otro modo, quedarían totalmente desprotegidos, por cuanto la sustitución, según las voces de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 259 del Código Sustantivo del trabajo no surte efectos sino a partir del momento en que se encuentren cumplidos los aportes mínimos. Si el trabajador, verbi gratia, se retira a los 17 años de servicios, con posterioridad a la fecha en que el Instituto comenzó a asumir el riesgo apenas habrían transcurrido 7 años, tiempo insuficiente, salvo situaciones de excepción, para legalizar las cotizaciones requeridas; en tal caso, no podría exigir la pensión de vejez, ni la de jubilación plena por no haber servido durante 20 años, ni la pensión sanción por no haber sido despedido injustificadamente, y solo le quedaría la pensión especial a que se viene haciendo referencia. El criterio contrario reñiría con el postulado de favorabilidad que rige en el derecho del trabajo, recogido expresamente para el caso en el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, y vulneraría el espíritu del artículo 72 ibídem, en cuanto ordena que las pensiones existentes a cargo de los patronos se seguirán rigiendo por las disposiciones que las consagran hasta la fecha en que el Seguro Social las asuma por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada situación.”

[60] Sentencia del 6 de mayo de 1998 (Rad. 10557), M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y Sentencia del 22 de septiembre de 1998 (Rad. 10805), M.P. Fernando Vásquez Botero.

[61] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral – Sección Primera-. Radicación

6508, noviembre 8 de 1979. M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture. Ana Elisa Falla v.s. Industrias Philips de Colombia S.A.

[62] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 25759, septiembre 25 de 2005. M.P. Luis Javier Osorio López.

[63] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 21611, febrero 25 de 2004. M.P. Carlos Isaac Nader. Radicación 7641, febrero 7 de 1996. M.P. Francisco Escobar Henríquez. Radicación 16805, febrero 6 de 2002. M.P. Germán Valdés Sánchez.

[64] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Radicación 25759, septiembre 25 de 2005. M.P. Luis Javier Osorio López. En el mismo sentido puede verse la sentencia del 13 de marzo de 2012, Radicación 38225. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, que reitera la ratio decidendi de la providencia de 2005 para resolver el caso en concreto. Resaltado fuera del original.

[65] Ibídem.

[66] Frente a la pensión plena el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y respecto de las pensiones restringidas especiales puede verse el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

[67] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Para efectos del recuento jurisprudencial de la actual providencia, si bien la T-784 de 2010 analiza el caso de una persona que laboró para una petrolera, y éstas se encuentran sometidas a un régimen especial (Resolución 4250 de 1993), debe advertirse que solo en relación con el tema que se está planteando, es decir, con las diversas soluciones que ha explorado la Corte para aquellos trabajadores no contemplados en las hipótesis 59, 60 y 61 del Decreto 3041 de 1966, se acepta que se tenga en cuenta esta sentencia.

[68] La ratio decidendi de esta sentencia fue confirmada por la T-712 de 2011. Esta última, abordó la situación del señor Julio César Ariza Pinilla quien para la época tenía 65 años de edad y disfrutaba de una pensión de aproximadamente \$700.000. El accionante solicitó le fuesen efectuados los aportes al sistema de seguridad social en pensión por el tiempo laborado para la Texas Petroleum Company (1972-1983), para Perenco Colombia Limited

(1983-1984) y para Occidental de Colombia Inc. (1985-1988).// En su parte motiva el fallo aclara que el precedente contenido en la sentencia C-506 de 2001 no es aplicable a la situación del señor Ariza Pinilla porque él “no busca completar el tiempo de servicios exigido por la ley para pensionarse. Él ya reúne el tiempo de servicios establecido en la ley.

El reclamo del accionante, según las pruebas obrantes en el expediente, no es entonces que se compute a su favor un determinado tiempo de servicios”. A continuación, cita in extenso la sentencia T-784 de 2010 para concluir que las empresas petroleras “sí estaban obligadas desde la Ley 90 de 1946 a efectuar los aprovisionamientos correspondientes para efectuar las cotizaciones al seguro social cuando así se les exigirá de acuerdo con la ley”.

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

[71] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[72] Sin embargo, la providencia amparó los derechos del accionante en forma transitoria, pero con fundamento en el reconocimiento de la pensión sanción, prestación patronal establecida por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

[73] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[74] Dentro de la misma línea de solución al problema jurídico estudiado, además de las providencias ya citadas y explicadas, la Corte se ha pronunciado sobre el mismo tema en otras sentencias, como la T- 890 de 2011, T-205 de 2012 y T-492 de 2013.

[75] El artículo relativo a la equidad del CST, corresponde al artículo 20 del Decreto 2663 de 1950, su numeración inicial fue variada por la edición oficial del Código Sustantivo del

Trabajo, ordenada por el artículo 46 del Decreto 3743 de 1950.

[76] La norma en cita dispone que: “(...) La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esta Corporación, en la Sentencia SU-837 de 2002, admitió que la equidad tiene disímiles y múltiples ámbitos de aplicación dentro de la Constitución. Al respecto, de manera ilustrativa, expuso que: “(...) Varias disposiciones de la Carta Política se refieren expresamente a ella. El artículo 20 inciso 2 C.P. garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad; el artículo 95 inciso 2 numeral 9 C.P. eleva a deber de la persona y del ciudadano el “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”; el artículo 150 numeral 16 C.P. establece que el Estado podrá, “sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”; el artículo 226 C.P. ordena al Estado promover “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”; el artículo 227 C.P. ordena al Estado promover “la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales (...)”; el artículo 267 inciso 3 C.P. establece que la “vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”; y, finalmente, el artículo 363 C.P. determina que el “sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.” M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[77] El artículo 247 de la Constitución establece que: “La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. (...)”. Subrayado y sombreado no original.

[78] El artículo 116 del Texto Superior señala que: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Subrayado y

sombreado por fuera del texto original.

[79] El tema de la equidad que aquí se trata se realizó con fundamento en las consideraciones de la sentencia T-681 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), mediante la cual se analizó un tema similar al aquí tratado, con las variaciones de que se trataba de personas solicitando la indemnización sustitutiva que perteneciendo a la misma empresa pero laborando en distintos municipios en los cuales no hubo un llamamiento homogéneo de parte del ISS no tenían el mismo número de cotizaciones.

[80] Sentencia T-681 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[81] Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

[82] Sentencia T-681 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[83] Sentencia SU-837/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), reiterada en la sentencia T-893/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[84] En el caso que estudia esta Sala, el accionante tuvo como primera vinculación laboral, su contrato con Bavaria S.A. en 1959 cuando contaba con 25 años de edad y culminó el 1975 cuando tenía 41 años. En general, en este tipo de casos, los tiempos que no son tenidos en cuenta para efectos de la pensión obedecen a periodos muy tempranos de la vida laboral de la persona, precisamente porque la afiliación al ISS ocurre en forma posterior.

[85] Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en la pluricitada sentencia de septiembre 25 de 2005 (Radicación 25759) señaló: “La cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el territorio colombiano fue gradual, pues si bien en un comienzo estuvo a cargo del empleador todo lo relacionado con la materia pensional, posteriormente con el régimen de transición de las pensiones de jubilación, se fue subrogando el riesgo en la medida que el cubrimiento se extendía a los distintos lugares de prestación de servicios, ello con el objeto de que dicha carga prestacional fuera asumida conforme a la Ley y los reglamentos emitidos por el mismo Instituto, en los términos del artículo 259 del Código Sustantivo de

Trabajo. De modo que, las prestaciones patronales continuaban a cargo de los empleadores obligados mientras los riesgos de invalidez, vejez y muerte fueran asumidos por el Seguro Social.”

[86] Sentencia T-492 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[87] Estas subreglas ya habían sido planteadas por la Corte en la sentencia T-492 de 2013, en un caso esencialmente muy similar al aquí estudiado.

[88] En efecto, la constitucionalidad de dicha norma fue examinada en la Sentencia C-1024 de 2004, estándose a lo resuelto en la providencia C-506 de 2001, que había estudiado el precepto original, similar a la actual[88], declarándolo exequible. En tal oportunidad, la Corte sostuvo que “solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores (...) de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma, para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (...).” Asimismo, en dicho fallo este Tribunal consideró que: “(...) la nueva obligación para los empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión en relación con los contratos vigentes o los que se suscribieran con posterioridad a la ley 100 de 1993 constituyó entonces un avance dentro del proceso de universalización de la seguridad social, objetivo con el que el legislador en desarrollo de la Constitución se encontraba necesariamente comprometido. El carácter oneroso de esta nueva obligación para los empleadores, invocada en la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público[88], no era óbice para que la ley consagrara este nuevo derecho para los trabajadores con vínculo laboral vigente.” No obstante, se explicó que “lo que no podía hacer el legislador, sin embargo, era establecer obligaciones en relación con situaciones jurídicas consolidadas.”

[89] Ley 171 de 1961.

[90] Compilación de la Reforma Laboral, Ministerio del trabajo Pág. 94

[91] El artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de

1993, señala las incompatibilidades de la indemnización sustitutiva de vejez en los siguientes términos: “Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez.// Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.” Por su parte, el artículo 49 del Decreto 758 de 1990 expresa: “Incompatibilidad .- Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles : a) entre sí, b) con las demás pensiones y asignaciones del sector público y c) con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la ley 71 de 1988. Sin embargo el beneficiario podría optar por la más favorable cuando hay concurrencia entre ellas.” Entre otras.

[92] Aunque en esta oportunidad lo que la Corte Suprema de Justicia analizó fue la incompatibilidad entre prestaciones derivadas de la invalidez, idéntico juicio se aplica para prestaciones derivadas de la vejez: “En primer lugar es conveniente precisar, conforme lo pone de presente el recurrente, que la pensión de invalidez por riesgo no profesional es abiertamente incompatible y excluyente con la indemnización sustitutiva por ese mismo riesgo, de suerte que el derecho a una de ellas extingue y desvanece el derecho a la otra, tal como se desprende del claro y categórico mandato contenido en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.// Así entonces, si una entidad otorga uno de esos derechos y después, judicial o extrajudicialmente, cancela o se ve compelida a reconocer el otro, los titulares respectivos, siempre que se trate de los mismos, no pueden aspirar a retener y acumular los dos, en tanto en esas circunstancias lo que surge o debe surgir es el interés jurídico del ente pagador para recuperar lo que canceló indebidamente a causa de la errada determinación de la prestación que estaba obligado a conceder, pues de lo contrario se configuraría una especie de enriquecimiento sin causa a favor de los beneficiados con el pago.” Sentencia del 30 de abril de 2004, Rad. 21894 (M.P. Carlos Isaac Nader). En un caso diferente, donde se pretendía el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, no obstante que el afiliado había recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la misma Corporación, en sentencia del 20 de noviembre de 2007, radicación 30123, (M.P. Camilo Tarquino Gallego) al fijar el alcance del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, precisó: “si bien es cierto que de conformidad con lo previsto en el literal d) del artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, están excluidos del Seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, entre otras, las personas que “hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por

riesgo común”, ello no debe entenderse que dentro de ese grupo se encuentren aquellos con posibilidades de beneficiarse con una pensión por riesgo distinto al que corresponde a la indemnización sustitutiva.// “Más bien, frente a la comentada norma, lo que es pertinente afirmar es que quien recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, estaría excluido del seguro social obligatorio por esa misma contingencia, pues a nada se opone que un afiliado, que no reunió en su debido momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ende se le cancele la citada indemnización, pueda seguir asegurado para otro tipo de contingencias, como la invalidez, situación que fue la que aconteció en el presente asunto.”

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

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

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

[96] El número de semanas que le faltan al peticionario para acceder a la pensión de jubilación se obtiene de realizar la sustracción entre las reconocidas por Colpensiones como aportadas y las que se encuentran en mora patronal frente a las exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la prestación $(894,72 - 1000 = -105,28)$.

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

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

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

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

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

[102] En el mismo sentido, ver la aclaración de voto en la sentencia T-492 de 2013.

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

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

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

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

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

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

[105] Constitución Política, art. 1º.

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

[107] Sentencia T-770 de 2013.

[108] Ver Arango, Rodolfo. Solidaridad, democracia y derechos. EN Revista de Estudios Sociales. Universidad de los Andes. 2013. Disponible en <http://res.uniandes.edu.co/view.php/849/index.php?id=849>