

Sentencia T-360/14

Referencia: expediente T-4.248.813

Acción de Tutela interpuesta por Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Derechos fundamentales invocados:

Debido proceso, al trabajo y la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la vida digna.

Temas:

(i) Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) defecto procedimental por desconocimiento de precedente y (iii) derecho a la seguridad en pensiones antes y después de la Ley 100 de 1993

Problema jurídico:

Determinar si la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante al no tener en cuenta el precedente fijado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, al momento de estudiar la pensión de jubilación por aportes solicitada.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil catorce (2014).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la decisión de tutela adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de diciembre de 2013, que confirmó el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación, el 16 de octubre de dos mil trece (2013), mediante el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

SOLICITUD

Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez, mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y

a la vida digna.

Sustenta su solicitud en los siguientes:

HECHOS Y ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Manifiesta el accionante, de 64 años de edad,[1] que durante su vida laboral cotizó un total de 7720 días equivalentes a 1102 semanas, es decir, 21 años, 5 meses y 10 días. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ante el Instituto de Seguro Social, (ISS) el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Señala que la entidad, mediante resolución No. 023908 del 10 de agosto de 2010, negó el reconocimiento del derecho por considerar que “en el período comprendido entre el 15 de abril de 1991 al 30 de junio de 1995, que equivale a 1516 días (216) semanas, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO para la cual trabajaba el señor Rodríguez no realizó los aportes al sistema de seguridad social pensiones”. Por lo cual, sólo reconoce un total de 886 semanas cotizadas exclusivamente al ISS.

Indica que, no obstante lo afirmado por el ISS, su vinculación con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado inició el 15 de abril de 1991 y finalizó el 2 de octubre de 2003, sin que hubiera habido interrupción alguna.

Ante tal situación, inició proceso ordinario laboral el cual fue conocido en primera instancia por el Juzgado 29 Laboral de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, el cual mediante fallo del 13 de agosto de 2012 condenó al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del 28 de octubre de 2009, junto con sus mesadas adicionales y el retroactivo correspondiente. Igualmente, en esa providencia se autorizó al ISS a reclamar la cuota parte sobre el tiempo laborado y no cotizado a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, durante el período del 15 de abril de 1991 al 30 de junio de 1995.

Contra la anterior decisión, el ISS presentó el recurso de apelación el cual fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia del 26 de febrero de 2013. En ese proveído, el Tribunal, con base en un pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,[2] absolvió al ISS, basando su decisión en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 “que indica que los presupuestos exigidos para acceder a la prestación solicitada es haber efectuado aportes por un mínimo de 20 años en entidades de previsión social o que hagan sus veces, con las del Instituto de Seguros Sociales, como lo dispone el Decreto 2709 de 1994 reglamentario de la Ley 71 de 1988, requisito que considera, no cumple el demandante”.

Luego de hacer una breve referencia a la interpretación que de esta norma ha hecho el Consejo de Estado,[3] el actor indica que a pesar de lo dispuesto por la Ley, una vez demostrados los requisitos de edad y tiempo no le es dable al ISS negar el reconocimiento y pago de su pensión bajo el argumento de falta de pago de aportes, traspasándole dicha responsabilidad, la cual ha debido asumirla la entidad nominadora.

Respecto de su situación personal, resalta que no tiene hijos, que no se encuentra casado, que no depende económicamente ni recibe colaboración de algún familiar y que recibe ingresos esporádicos al realizar oficios varios. Motivo por el cual considera que la presente acción es procedente a fin de obtener la protección de sus derechos. Igualmente señala que el recurso de casación no deviene eficaz ante la tardanza en la valoración de su situación por parte de la Corte

Suprema de Justicia.

Finalmente, considera que la decisión demandada desconoce el precedente sentado tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional y viola de manera directa la Constitución, configurándose así las causales de procedencia de la tutela contra providencia judicial.

Como consecuencia de lo anterior solicita que se ordene al Tribunal Superior de Bogotá un pronunciamiento favorable a sus pretensiones y condene al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a la que dice, tiene derecho.

TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El 2 de octubre de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda y ordenó correr traslado a la Sala Laboral del Tribunal accionado. En el mismo auto, ordenó la vinculación del Juzgado 29 Laboral de Oralidad del Circuito de Bogotá y a las partes dentro del proceso ordinario, para que hicieran las manifestaciones que considerara pertinentes.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Al dar respuesta a la acción de tutela, la Sala Laboral, por intermedio de uno de sus integrantes, manifestó que se remitía a las consideraciones expuestas en la providencia atacada de la cual allega copia.

Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá

El despacho vinculado hizo un recuento de la actuación judicial y manifestó estar a la espera de la decisión. Adicionalmente, adjuntó en calidad de préstamo el expediente del proceso ordinario iniciado por el ahora accionante contra el Instituto de Seguros Sociales.

DECISIONES JUDICIALES

PRIMERA INSTANCIA: SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En sentencia del 16 de octubre de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela de los derechos fundamentales invocados.

Consideró que en el presente caso, el actor no agotó todos los mecanismos de impugnación que le ofrece el ordenamiento jurídico, concretamente, no acudió al recurso extraordinario de casación contra la providencia ahora controvertida.

Señaló que dado el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, ésta no puede servir de herramienta para evadir procedimientos judiciales o revivir oportunidades precluidas.

Adicionalmente, no aceptó el argumento dado por el accionante para excusarse de no interponer el recurso de casación, ya que pudo haber expuesto dichas condiciones al interior del proceso judicial ante la autoridad correspondiente.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el accionante, dentro del término legal, la impugnó bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, dejó claro que el objeto de la tutela es que se “revoque la decisión tomada por el Honorable Tribunal de negar el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de aportes”.

En segundo lugar, con relación a la no presentación del recurso de casación, señaló que no estaba en posibilidad de acudir a dicho mecanismo por tratarse de “una persona de la tercera edad que no depende económicamente de nadie y que vive el día a día con muchísima dificultad puesto que obtiene ayuda de sus conocidos para el sostenimiento diario. Por lo tanto esta acción de tutela es el medio de defensa idóneo para la protección del derecho al debido proceso y como resultado le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez por aportes tal y como se ha indicado en la demanda inicial, y en esta acción de tutela”.

Continuó señalando que la garantía del debido proceso “no implica solamente que exista otro medio, procedimiento o acción para la garantía de los derechos que se pretenden hacer valer, sino también que los mismos sean eficaces, situación que no ocurriría en el presente caso teniendo en cuenta que la demora en la expedición de un fallo con recurso de casación puede superar un tiempo importante durante el cual el afiliado al sistema puede estar sometido a un estado de indefensión debido a su precaria condición personal en relación a factores de edad, condiciones económicas y personales y en esencial a su salud”.

Por esa razón, consideró que la tutela es el mecanismo idóneo para proteger sus derechos fundamentales y obtener la prestación solicitada.

SEGUNDA INSTANCIA: SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Mediante sentencia del 12 de diciembre de 2013, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión impugnada al considerar que el accionante pretende “censurar las actuaciones desplegadas por los funcionarios competentes por fuera de los canales dispuestos por el legislador, lo cual torna improcedente el amparo solicitado porque el Constituyente no le otorgó a la acción de tutela el carácter de tercera instancia o de mecanismo alternativo o paralelo a los procedimientos ordinarios de defensa judicial”.

PRUEBAS DOCUMENTALES

Se encuentran en el expediente las siguientes pruebas documentales relevantes:

Fotocopia del certificado de información laboral de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (folios 2-3 C. 1).

Fotocopia del reporte de semanas cotizadas en pensiones del ISS (folios 4-10 C.1).

Fotocopia de las actuaciones surtidas dentro del proceso ordinario laboral en el Juzgado Laboral 29 de Oralidad del Circuito de Bogotá (folios 11-13 C.1).

Fotocopia de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (folios 14-22 C.1).

Disco compacto el cual contiene la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral 29 de Oralidad del Circuito de Bogotá (folio 25 C. 1).

Disco compacto el cual contiene la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (folio 26 C. 1).

Fotocopia de la Resolución Número 23908 del 10 de agosto de 2010 mediante la cual el ISS negó el reconocimiento y pago de la prestación solicitada (folios 27-30 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

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

PROBLEMA JURÍDICO

En la presente ocasión, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez al no tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, al momento de estudiar la pensión de jubilación por aportes solicitada por el ahora accionante.

Para el efecto, reiterará la jurisprudencia sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; el defecto sustantivo por desconocimiento de precedente y el derecho a la seguridad en pensiones antes y después de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, analizará si en el presente caso se cumplen los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Corte para que proceda la acción de tutela contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. En caso afirmativo, la Sala determinará si en el presente caso: (i) se advierte un desconocimiento del precedente y, (ii) era procedente la pensión de jubilación por aportes solicitada por el accionante.

ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

Después de varios años de decantar el concepto de vía de hecho[4], la Corte Constitucional consideró necesario replantearlo y ampliarlo a las “causales genéricas de procedibilidad de la acción”. Con el paso de los años y en virtud de la evolución jurisprudencial, esta Corporación reconoció que la tutela contra providencias judiciales solo resultaba posible cuando “la actuación de la autoridad judicial se ha dado en abierta contravía de los valores, principios y demás garantías constitucionales y con el objetivo básico de recobrar la plena vigencia del orden jurídico quebrantado y la restitución a los titulares en el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales afectados.”

Partiendo de lo anterior, la jurisprudencia reemplazó el concepto de vía de hecho por la doctrina de las “causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción”, como consecuencia de la depuración del primer término que se refería al capricho y la arbitrariedad judicial, entendiendo ahora que “(...) no sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen

amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución.”[6]

En definitiva, dicho avance jurisprudencial trajo como consecuencia el reemplazo del uso conceptual de la expresión vía de hecho por la doctrina de los requisitos generales y causales específicas de procedibilidad.

Así, en la Sentencia C-590 de 2005[7], la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable la expresión “ni acción”, que hacía parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 porque restringía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del recurso extraordinario de casación en materia penal. En esa oportunidad, se dejó claro que la tutela procede contra todas las providencias judiciales ejecutoriadas cuando se cumplen con los requisitos generales de la tutela y se prueba alguna de las causales específicas de procedibilidad de esta acción constitucional contra sentencias.

Esta sentencia, sistematizó los requisitos generales de procedencia de la tutela, de la siguiente manera:

“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.”

En cuanto a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ese mismo fallo los resumió así:

“Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. [8]
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- h. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

De manera que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, como la que ahora se acusa, siempre y cuando ésta cumpla los requisitos generales de procedencia, vulneren derechos fundamentales y con ello se demuestre al menos una de las causales especiales de procedibilidad de la acción constitucional.

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Para efectos del presente capítulo, se hará referencia primero al desconocimiento del precedente como modalidad de defecto sustantivo y luego se procederá analizar concretamente el desconocimiento del precedente constitucional como defecto autónomo.

Desconocimiento del precedente como modalidad de defecto sustantivo

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un **defecto sustantivo** cuando la autoridad jurisdiccional “(i) aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexequibilidad; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) **se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación suficiente**; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso[9]”.

Por **precedente**[11] se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.[12] La anterior noción, se ha adoptado en sentencias como la **T-794 de 2011**[13], en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.”[14]

Ahora, la Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el horizontal y el vertical.[15] El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción[16]. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

De otra parte, el precedente además de ser criterio orientador resulta obligatorio para los funcionarios judiciales, por las razones que se indicaron de manera clara en la sentencia T-830 de 2012 y que a continuación se transcriben:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. **De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción**[18].

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe[19]. **El precedente es una figura que tiene como objetivo principal** garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica[20], igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad[21] en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales[22]. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”[23].

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: “tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos** del derecho que funcionan como **buenas razones para decisiones subsecuentes**” y “exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**”[24] (énfasis de la Sala).”

De conformidad con las razones expuestas, para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe[25].

En efecto, en las sentencias como la T-934 de 2009[26], T-351 de 2011[27], T-464 de 2011[28] y T-212 de 2012[29], la Corte consideró que jueces de la jurisdicción contencioso administrativa desconocieron el precedente del Consejo de Estado, y en consecuencia, concedió los amparos solicitados por existencia de un defecto sustantivo, ya que en dichos casos, existía un precedente

consolidado sobre la tasación de las indemnizaciones por daño moral, que había sido desconocida sin razones por las autoridades demandadas.

No obstante, la anterior regla no es absoluta ya que no puede ignorarse que el derecho es dinámico y que cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; en esa medida, siempre que exista una justificación razonable y proporcional, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…). Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

(…) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)”[31].

Así las cosas, los jueces tienen como deber de obligatorio cumplimiento el de acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyan precedentes, y/o sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia. Sin embargo, pueden apartarse de dicho precedente, siempre que cumplan la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico, so pena de incurrir en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

Desconocimiento del precedente constitucional como causal autónoma

Este defecto se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.[32] Se presenta generalmente cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y el juez ordinario al resolver un caso limita sustancialmente dicho alcance o se aparta de la interpretación fijada por esta Corporación. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[33] u otros mandatos de orden superior.

La supremacía del precedente constitucional se deriva del artículo 241 de la Constitución Política, el cual asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas – principio de supremacía constitucional[34]. En efecto, esta Corporación ha establecido que, como intérprete de la Constitución, sus decisiones son obligatorias tanto en su parte resolutoria como en su ratio decidendi, es decir, la regla que sirve para resolver la controversia.[35] Por esta razón, si se desconoce el alcance de los fallos constitucionales

vinculantes, se “genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Con ello se perturba además la eficiencia y eficacia institucional en su conjunto, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra actual organización jurídica.”

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-656 de 2011 sostuvo lo siguiente[37]:

“(…) el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que la normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional”.

De acuerdo con lo expresado por esta Corte en la sentencia T-351 de 2011[38] el sentido, alcance y fundamento normativo de obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Constitucional varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. No obstante, ambos tienen en común, que se deben acatar (i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como norma de normas, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta[39], y (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad.

Respecto de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Así, cualquier norma que se declare inconstitucional por la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. Igualmente, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto de constitucional –bien declaren o no inexequible una disposición-, debe ser atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución.

En cuanto a los fallos proferidos en sede de control concreto de constitucionalidad, el respeto de su ratio decidendi es necesario no solo para lograr la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de confianza legítima -que prohíbe al Estado sorprender a los ciudadanos con decisiones o actuaciones imprevistas- sino para garantizar los mandatos constitucionales y la realización de los contenidos desarrollados por su intérprete autorizado. Por esta razón, la interpretación y alcance que se le dé a los derechos fundamentales en los fallos de revisión de tutela deben prevalecer sobre aquella que se realiza por otras autoridades judiciales, incluyendo altos tribunales de cierre de las demás jurisdicciones.[40]

En este punto es importante aclarar que en el caso de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad y de unificación de tutela proferidas por la Corte Constitucional, es suficiente una providencia para que exista un precedente, “debido a que las primeras unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos, y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política[41]”.

En este orden de ideas, el precedente constitucional puede llegar a desconocerse cuando: (i)

se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, o (iii) se desconoce la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela[43].

De conformidad con lo expuesto, y con independencia del tipo de defecto en el que se clasifique –como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo–, el desconocimiento del precedente constitucional, además de violar los derechos de las partes a la igualdad y al debido proceso, entre otros, vulnera el principio de supremacía constitucional, lo que constituye una razón de más que hace procedente la acción de tutela contra la providencia atacada.

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

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

El Sistema de Seguridad Social en Colombia surge en los años 1945 y 1946, con la creación de la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL), el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS) y las cajas de previsión departamentales y municipales. Sin embargo, fue hasta 1991 que se estableció la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, irrenunciable y universal, y con la expedición de la Ley 100 de 1993, que se creó el sistema general de pensiones con el fin de corregir las distorsiones que existían en el sistema.

No obstante lo anterior, ya el Estado colombiano había reconocido el derecho a la seguridad social en pensiones como un derecho humano, incluso antes de la Constitución de 1991, y se había obligado a través de la ratificación de algunos instrumentos internacionales a implementar medidas que aseguraran que las personas recibieran protección frente a las contingencias que les afectaran. Adicionalmente se comprometió a desarrollar una legislación interna que promoviera las condiciones mínimas de previsión social.

En diversos pronunciamientos,[44] esta Corte ha destacado algunos de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la seguridad social y que crean obligaciones sobre la materia al Estado colombiano, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los Convenios No. 102 y 128 sobre la Seguridad Social, adoptados en 1952 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada por Colombia mediante la Ley 22 de 1981, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, aprobada por Colombia mediante la Ley 146 de 1994, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- “Protocolo de San Salvador”-, aprobado por Colombia mediante la Ley 1319 de 1996.

Las normas transcritas, permiten establecer que el Estado ha reconocido y protegido, en virtud de los compromisos adquiridos en los tratados internacionales, el derecho a la seguridad social y, en particular, el derecho a la pensión de vejez como parte de éste. Por tanto, los principios y garantías contenidos en esos instrumentos son aplicables a las pensiones reconocidas antes y

después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por cuanto el mandato comprendido en ellos fue reconocido por el ordenamiento jurídico colombiano desde antes de la existencia de aquella ley.

Derecho a la seguridad social en pensiones. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación, en la sentencia C-258 de 2013[45], realizó un cuidadoso análisis del contenido del derecho a la seguridad social en pensiones, su composición y su alcance. En dicho fallo se expresó lo siguiente:

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

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

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

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

Además, el artículo 48 de la Carta indica que el sistema debe orientarse por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Según el principio de **universalidad**, el Estado –como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social- debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social –con énfasis en los grupos más vulnerables-, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos.

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

personas.

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

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

Desarrollo del derecho a la seguridad social en pensiones. Reiteración de jurisprudencia

La historia de la seguridad social en Colombia ha sido estudiada en diferentes ocasiones por esta Corporación[46]. A continuación se hará un breve recuento de lo manifestado por esta Corporación en la sentencia T-784 de 2010, posteriormente reiterada por las sentencias T-125 de 2012, T-754 de 2012 y T-748 de 2013[47], entre otras, respecto a la historia de la seguridad social en Colombia, en particular sobre la obligación de los empleadores de hacer aprovisionamientos para el pago de las pensiones de jubilación de sus trabajadores y sobre la obligación de afiliación a las diferentes entidades a cargo del reconocimiento de las pensiones.

Como se dijo en precedencia, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 no existía un riguroso y adecuado desarrollo normativo en la materia[48], lo que se evidencia en la coexistencia de diferentes regímenes pensionales que eran administrados por diversas entidades y en el hecho de que a ciertos empleadores les correspondía asumir directamente el pago de las pensiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, que por regla general las obligaciones derivadas del reconocimiento de la pensión de jubilación, correspondían al empleador[50], se expidió la Ley 6 de 1945, considerada como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo con el fin de reglamentar las relaciones de los empleadores con los trabajadores. El artículo 14 de dicha ley estableció en materia de pensiones de los trabajadores del sector privado:

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

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin

bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión” (negrita fuera del texto).

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

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

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

En el artículo 18 de la ley en mención se consagró además que el Gobierno Nacional procedería a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, posteriormente llamada CAJANAL[51], a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados oficiales.

El artículo 23 de dicha ley[53] instituyó en cabeza de los departamentos, intendencias y municipios que no tuvieran organizadas instituciones de previsión social, la obligación de crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicha ley, por lo que en Colombia aparecieron centenares de cajas de previsión social del sector público a nivel territorial.

Finalmente, el artículo 29 permitía la acumulación de tiempos laborados en distintas entidades de derecho público, sin importar su orden, con el fin de acceder a una pensión de jubilación[54].

Posteriormente, con la expedición de la Ley 90 de 1946, se instituyó el seguro social obligatorio para todos los individuos, nacionales y extranjeros, que prestaran sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje[55], y se creó para su manejo el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[56]. Para efectos de esta ley, el artículo 3 precisó que estarían asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que prestaran sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades explotaran directa o indirectamente o de las cuales fueran accionistas o copartícipes.

El artículo 5 indicó que también estarían sujetos al régimen de seguro obligatorio "los trabajadores independientes (pequeños industriales, agricultores y comerciantes, maestros de taller, artesanos, voceadores de periódicos, lustrabotas, loteros, vendedores ambulantes, etc.), cuyos ingresos normales no excedan de mil ochocientos pesos (\$ 1.800) por año"[57].

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

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

También se debe recordar que la Ley 90 de 1946 reemplazó, para los cubiertos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la pensión de jubilación por la de vejez, y señaló en su artículo 76 que **para que el Instituto pudiera asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con antelación a la expedición de esa ley, era necesario que el "patrono" aportara "las cuotas proporcionales correspondientes"** [58]. Este artículo también reiteró que las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior estaban obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirían afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hubieran venido laborando para ellos, hasta que el Instituto conviniera en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales.

Por último, el artículo 82 autorizó la continuidad de las instituciones de previsión social existentes en caso de que reconocieran prestaciones mayores o por lo menos iguales a las determinadas en la Ley 90 de 1946[60].

Así las cosas, se tiene que la Ley 90 de 1946, no solo creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sino que introdujo la obligación, en cabeza de los empleadores, de hacer los aprovisionamientos de capital correspondientes en cada caso y entregarlos al Instituto con el fin de que éste pudiera asumir el aseguramiento de los riesgos de vejez e invalidez por servicios prestados con anterioridad a la expedición de dicha ley.

Es de recordar además, que en los casos en que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales hubiese asumido el aseguramiento de tales riesgos, los recursos para su cubrimiento, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley 90 de 1946, provendrían de un sistema tripartito de contribución forzosa por parte de los asegurados, los patronos y el Estado. No obstante, el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono[61].

Posteriormente, el Código Sustantivo del Trabajo[62], en su artículo 259, reiteró la regla de que temporalmente el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de jubilación, estaría en cabeza del empleador, hasta que el riesgo correspondiente fuera asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El precepto citado consagraba que:

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

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio **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**" (negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

Al analizar esta ley y teniendo en cuenta que existen casos de personas que habían sido servidores públicos pero que también habían trabajado con empleadores privados, esta Corporación destacó, en la sentencia **C-012 de 1994**, que sólo con la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988 éstos pudieron acumular aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado, con las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con particulares. Al respecto señaló:

"Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado (...)". (Subrayas fuera del texto original)

Así, aunque la Ley 71 de 1988 contemplaba este régimen mixto, seguía siendo imposible para estas personas acumular el tiempo trabajado con el Estado, en virtud del cual no se había hecho cotización alguna, y los aportes entregados al ISS con base en el tiempo laborado con empleadores privados.

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

sector público"[63].

En el artículo 3, el mismo decreto consagró que: "La pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas", y en su artículo 11 expresó lo siguiente:

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

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

Sin embargo, el artículo 5 del citado decreto estableció:

"Artículo 5º.- Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege."

De manera que, como puede observarse, esta disposición excluyó los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones a través de una Caja o Fondo de previsión público, haciendo una diferenciación que la misma ley no hizo, ya que la Ley 71 de 1988 permitía la acumulación de los tiempos públicos y privados sin hacer ninguna distinción. Esta situación fue analizada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado (Rad.1628-06) en la cual ese Tribunal sostuvo:

"La norma condiciona el cómputo del tiempo laborado al hecho de que el trabajador lo haya cotizado a través del Instituto de Seguros Sociales o laborado a entidades públicas que aporten al Sistema de Seguridad excediendo lo establecido por la Ley. Tal exigencia, además de desbordar las previsiones de la Ley 71 de 1988, afecta los derechos adquiridos del trabajador a quien sólo se le debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de la entidad a la que haya aportado pues, en los casos de las entidades públicas, eran éstas quienes asumían la carga pensional. Por tales razones se impone su inaplicación. No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al empleado. La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte."[64]

Con anterioridad al citado pronunciamiento, en sentencia de 27 de junio de 2002,[65] la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección A, había inaplicado el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989 que tenía el mismo contenido del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, argumentando lo

siguiente:

"Considera la Sala que la previsión del artículo 21 del decreto 1160 de 1989, agrega una condición que no es exigible al trabajador sino al empleador y, de esta manera, hace gravosa su situación al reclamar el derecho pensional frente al que ha cumplido los requisitos que a él corresponden – edad y tiempo de servicios – y con ello se vulnera derechos constitucionales como el de la igualdad (art. 13), el trabajo (art. 25), la protección a la tercera edad (art. 46), la seguridad social (art. 48), y la irrenunciabilidad a derechos laborales mínimos (art. 53). En consecuencia, inaplicará para el caso concreto lo dispuesto en el artículo 21 del decreto 1160 de 1989."

Así, como consecuencia de la inaplicación del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994 por las razones anotadas, no podría el ISS o la entidad encargada del reconocimiento de la pensión negarse a acumular los tiempos laborados por un trabajador en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. En ese entendido, una vez la entidad encargada de reconocer la pensión verifique el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 por parte del trabajador, como son: tener 60 años de edad y 20 años de servicios prestados en el sector público y privado, deberá proceder al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

vigencia de la Ley 100 de 1993.

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

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

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional"[66].

Además de acumular tiempo, la Ley 100 de 1993 materializó la obligación de los aprovisionamientos mediante la inclusión de reglas sobre bonos pensionales, de lo cual se ocupará la Sala más adelante.

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

Bonos pensionales. Normas aplicables. Reiteración de jurisprudencia

El sistema de bonos pensionales fue creado por la Ley 100 de 1993 para solucionar el inconveniente surgido de los trasladados de regímenes pensionales y/o del paso de una entidad gestora a otra[67]. En virtud de esta figura, "el interesado tiene derecho a que se efectúe un cálculo actuarial del universo de capital cotizado, para que la suma de todos esos dineros contribuyan a la conformación del gran capital necesario para financiar su pensión".

El artículo 115 de la Ley 100 de 1993 define los bonos pensionales como "aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones". El mismo artículo, señala quiénes tienen derecho a bono pensional, a saber:

"Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;

d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono".

En cuanto a las características que deben tener los bonos pensionales, el artículo 116 de la Ley 100 enumera las siguientes: "a) Se expresarán en pesos; b) Serán nominativos; c) Serán endosables en favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones; d) Entre el momento de la afiliación del trabajador y el de redención del bono, devengarán, a cargo del respectivo emisor, un interés equivalente a la tasa DTF, sobre saldos capitalizados, que establezca el Gobierno y, e) Las demás que determine el Gobierno Nacional" (Subrayado fuera del texto)[69].

Por su parte, el artículo 118 de la Ley 100 diferencia 3 clases de bonos pensionales, entre los cuales se encuentran (i) los expedidos por la Nación; (ii) los expedidos por las Cajas, Fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional a que se refiere el Capítulo III del Título IV, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementa con el nombre de la Caja, Fondo o Entidad emisora; y (iii) los expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementa con el nombre de la entidad emisora.

Ahora bien, pasando al tema de quién debe expedir los bonos pensionales, el artículo 119 de la Ley 100 de 1993 consagra que "éstos serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de entrar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años".

Por el contrario, "cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco (5) años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones, en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio"[70]. Para los casos señalados en el artículo 121 de la Ley 100 (cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional), "la Nación expedirá los bonos a cargo de tales entidades".

En cuanto a las contribuciones para los bonos pensionales, el artículo 120 de la Ley 100 manifiesta que: "Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente. El factor de la cuota parte será igual al tiempo aportado o servido en cada entidad, dividido por el tiempo total de cotizaciones y servicios reconocido para el cálculo del bono"[72]. (Subrayado fuera del texto).

Para el caso en que la Nación deba expedir bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, el artículo 121 de la citada Ley 100 contempla que: "La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades"[73].

Ahora, dependiendo la circunstancia en la cual se encuentre inmersa la persona, existen diferentes tipos de bonos pensionales.

Bono pensional tipo A: "Se denominan bonos pensionales Tipo A, a aquellos títulos que se expiden a las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad"[74].

Bono pensional tipo B: Los bonos pensionales tipo B son aquellos que "se expiden a favor de quienes se trasladen al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o después de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones"[75].

Bono pensional tipo C: Conforme al artículo 2 de Decreto 816 de 2002, estos bonos pensionales son los "que de conformidad con este decreto deben recibir el fondo de previsión social del Congreso se denominaran tipo C".

Por último, del artículo 122 de la Ley 100 se desprende la obligación de las Cajas, Fondos o Entidades del sector público que no hayan sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, de "destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes que les correspondan, mediante la constitución de patrimonios autónomos (...) "[76].

De otra parte, el párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 estipula que el cómputo de los tiempos de servicios prestados como servidores públicos no cotizados al ISS, solo será procedente "si el empleador o la caja, luego de efectuar el cálculo actuarial, trasladan a la entidad administradora de pensiones la suma correspondiente del trabajador afiliado, suma que deberá estar representada por un bono o título pensional." [77]

Esta disposición fue demandada y en sentencia **C-177 de 1998**, esta Corporación aclaró que la finalidad de la norma era constitucional pues "busca[ba] proteger los recursos acumulados por el sistema de seguridad social para el pago oportuno de las pensiones (Artículos 48 y 53 CP)". Adicionalmente, sostuvo que la exigencia que hace la norma de trasladar las sumas actualizadas a la entidad encargada pretende evitar que la entidad a la que se afilia el trabajador reconozca y pague pensiones sin haber recibido los dineros necesarios para suministrar esa prestación, y de esta forma "prevenir desequilibrios en el sistema que puedan incluso afectar a los afiliados que han efectivamente cotizado a esa entidad."

No obstante la exequibilidad de la norma acusada, la Corte entendió que:

"(...) una declaración de exequibilidad pura y simple de esa norma es constitucionalmente problemática ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados.

En efecto, no se puede olvidar que la Carta no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP arts 48 y 53). Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP arts 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta."

De manera que, para no imponer restricciones graves al trabajador al momento de pretender

acceder a su pensión, la Corte expuso que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no era discrecional sino que constituía una obligación para ambas entidades. Quiere esto decir que "una vez un trabajador se afilia a una nueva EAP, surge el deber de la anterior caja, empresa o entidad de remitir inmediatamente los dineros, y correlativamente aparece la obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado de recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse".[78]

Por otra parte, el inciso 3° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100, el cual fue adicionado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003[79], también fue estudiado por esta Corporación, en sentencia **C- 1024 de 2004**, concluyendo que "cuando el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 se refiere a los "fondos", está comprendiendo dentro de esta denominación a **todas las entidades públicas o privadas encargadas de administrar el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones.** (...) Si bien el legislador optó por utilizar la palabra "fondos", una interpretación sistemática de las disposiciones que regulan el régimen de pensiones en la ley de seguridad social, permite ratificar la posición de la Corte (...), en torno a la aplicabilidad del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a las entidades públicas de seguridad social, tales como, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) o el Seguro Social[sic]."

En ese entendido, ninguna entidad pública o privada que esté encargada de administrar el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones podrá aducir, para negarse al reconocimiento de una prestación pensional, que las diferentes cajas no les han expedido o reconocido el bono pensional o la cuota parte. Por tal razón, una vez se verifique que el trabajador ha acreditado los requisitos de semanas cotizadas o tiempo de servicios y edad exigidos por la ley, sin poder oponer que no se le ha expedido un bono pensional por otra entidad, deberá proceder al reconocimiento de dicha prestación.

EXAMEN DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

En el presente caso, la Sala procede a analizar si se cumplen los requisitos generales antes enunciados:

El asunto en estudio tiene una evidente relevancia constitucional, toda vez que comporta, entre otros, la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 C.P.), relacionado íntimamente con el principio de prevalencia del derecho sustancial en las actividades judiciales, aspecto de relevancia constitucional por el respeto y la correcta aplicación de los preceptos superiores que así lo consagran y, consecuentemente, por la trascendencia de la tarea del juez en el Estado Social de Derecho.[80]

De otra parte, teniendo en cuenta que dentro del proceso laboral se discutió el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes, se están viendo afectados los derechos al mínimo vital y a la seguridad social.

En este caso, el accionante discute presuntas irregularidades relacionadas con el desconocimiento del precedente en que incurrió el Tribunal Superior, a no tener en cuenta pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en los que se ha reconocido la pensión de vejez, aún sin el traslado de los aportes correspondientes a la entidad empleadora encargada antes de la afiliación al ISS. De seguirse, tendría un efecto decisivo en la sentencia, toda vez que tendría la orden debía ser que se reconociera y pagara la pensión solicitada.

Al respecto, debe precisarse que el accionante, dentro de la instancia procesal pertinente

(apelación), puso en conocimiento del juez ordinario las irregularidades ahora alegadas.

La simple lectura de los antecedentes de esta sentencia muestra que la solicitud de tutela identifica plenamente tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración, como los derechos fundamentales que se consideran violados. De esta forma, también se cumple este requisito de procedencia de la acción de tutela.

Es evidente que el presente asunto no pretende discutir una sentencia de tutela.

Respecto del requisito de inmediatez, se observa que el mismo sí se cumplió. En efecto, entre la fecha de la adopción de la última decisión que se acusa y la fecha de interposición de la tutela, transcurrieron sólo cinco meses, término a todas luces razonable teniendo en cuenta la vacancia judicial, pues la sentencia atacada es del 26 de febrero de 2013, y la acción de tutela fue recibida en la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, el 26 de septiembre de 2013.

Finalmente, frente al requisito de inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, la Sala advierte que en el presente evento si bien el actor no acudió al recurso de casación, el cual según las decisiones de instancia era procedente, el mismo no era eficaz para lograr la protección de los derechos invocados en tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, las condiciones familiares, económicas y personales del actor, quien al acudir al recurso señalado por las instancias judiciales y esperar una decisión que finalice positivamente, podría superar la expectativa probable de vida del petente.

En efecto, tal como se indicó en los antecedentes, el señor Rodríguez Gutiérrez tiene 64 años de edad, no tiene hijos, no se encuentra casado ni depende económicamente de algún familiar para suplir sus necesidades sino de los trabajos ocasionales para los cuales es contratado, ya que por su edad, no puede acceder al mercado laboral de manera estable y contar con algún ingreso fijo que le permita asegurar su mínimo vital.

En segundo lugar, este recurso no resulta eficaz para el accionante toda vez que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no existe la posibilidad de acumular semanas de cotización al Seguro Social con el tiempo de servicio en entidades del sector público que no haya sido cotizado a caja de previsión alguna. En efecto, en sentencia número 44428 del 6 de marzo de 2012, que reiteró el pronunciamiento del 13 de diciembre de 2007, radicación 31016, se consideró:

Ha sido constante y uniforme la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, en interpretar que si bien, mediante la creación legal de la pensión de jubilación por aportes se quiso poner fin a situaciones de notoria injusticia, que se presentaban como consecuencia de la imposibilidad de sumar cotizaciones realizadas a cajas o entidades de previsión de los sectores público y privado, la implementación del mecanismo estudiado no fue tan amplia en el sentido de viabilizar que, además, a los aportes mencionados, se adicionara el tiempo laborado para entidades o empresas oficiales, durante el cual no se hubieran producido cotizaciones a un ente de aquella naturaleza.

Contrario a lo que estimó el fallador de la alzada, la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no tuvo como efecto inmediato la derogatoria de la derogatoria de toda la Ley 71 de 1988; por lo menos, de forma expresa solo perdió vigor el parágrafo del citado artículo 7º, declarado inexecutable por sentencia de 21 de enero de 1994. De tal suerte, no es extraño que mediante el Decreto 2709 de 1994 se hubiera reglamentado la mencionada Ley 71 de 1988 que, en sus artículos 4º y 5º, definió como entidad de previsión social "cualquiera de las cajas de previsión

social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales"; y expresamente excluyó como computable tiempo de servicios para efectos pensionales "(...) el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege".

La Sala de Casación Laboral ha reiterado, pacíficamente, en sentido contrario a como lo hizo el juez de la alzada que, en eventos como el que ahora concita su atención, la posibilidad de sumar tiempos de servicios en los sectores público y privado, está supeditada a que los empleadores hayan cotizado a las cajas o entidades de previsión social, y al Instituto de Seguros Sociales, en tanto la propia denominación de la figura impone el cumplimiento de esa condición."

En ese orden de ideas, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación que ha sostenido esta acción es procedente si aún existiendo un medio de defensa, éste no es "eficaz, idóneo o expedito para lograr la protección, o ésta sería tardía, más aún encontrándose la persona en una circunstancia de debilidad manifiesta, o en insubsanable apremio en su mínimo vital, la tutela puede tener procedencia[81]".

Bajo este entendido, para la Sala de Revisión, el requisito consistente en el agotamiento por la demandante de todos los medios de defensa judicial que dispone el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos de las partes, se cumple.

A partir de estas consideraciones, teniendo en cuenta que la acción de tutela de la referencia es procedente, pasa la Sala a analizar el caso concreto para determinar si existe el defecto alegado.

EXAMEN DEL CARGO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE EN EL CASO CONCRETO

Tal como se indicó en el acápite pertinente,[83] a efectos de resolver el problema jurídico, le corresponde a esta Sala establecer, en primer lugar, si el Tribunal Superior accionado desconoció el precedente de esta Corporación y del Consejo de Estado en relación con la pensión de jubilación por aportes. En segundo lugar, si era procedente la pensión solicitada.

Con relación al primer punto, la Sala considera pertinente recordar brevemente lo que ha sostenido en situaciones como la ahora analizada.

Tal como se expuso líneas arriba, el defecto sustantivo como una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales, aparece, entre otras situaciones, cuando la autoridad judicial respectiva desconoce el precedente judicial sin justificación suficiente. Igualmente, se presenta como causal autónoma cuando se desconocen los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

En sentir de esta Sala de Revisión, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un defecto sustantivo al no condenar al Instituto de Seguros Sociales al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada y ordenarle que reclamara la cuota parte correspondiente al tiempo no cotizado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, durante los períodos comprendido entre el 15 de abril de 1991 y el 30 de junio de 1995.

Señaló la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá que no era posible acceder a la prestación solicitada ya que **"los presupuestos exigidos para acceder a la prestación solicitada es haber efectuado aportes por un mínimo de 20 años en entidades de previsión social o que hagan**

sus veces, con las del Instituto de Seguros Sociales, como lo dispone el Decreto 2709 de 1994 reglamentario de la Ley 71 de 1988, requisito que considera, no cumple el demandante". Lo anterior, desconociendo lo dispuesto por esta Corte y por el Consejo de Estado en casos similares.

Como quedó señalado en la parte considerativa de esta providencia, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 un trabajador no podía acumular el tiempo de servicios laborado para distintos patronos, teniendo derecho a su prestación pensional únicamente en el evento de cumplir íntegramente los requisitos frente a un mismo empleador.

Después de expedida esta ley, su artículo 33 consagró los requisitos para adquirir el derecho a una pensión de vejez. No obstante, para hacer compatible esta disposición con el tiempo laborado con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley, el párrafo 1° del mencionado artículo estableció la forma en que estos períodos habrían de computarse para efectos de estudiar el cumplimiento de los presupuestos pensionales exigidos por la Ley 100 de 1993.

De esta manera, el párrafo 1°, literal c), del citado artículo 33 dispuso que para efectuar el cómputo de las semanas a que se refiere este artículo, se tendría en cuenta "el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993".

De la lectura de la norma, la Corte ha entendido que el legislador autorizó expresamente la acumulación del tiempo de servicio de los trabajadores que laboraran para empresas que tenían a su cargo el reconocimiento de una pensión, siempre que se cumpliera la condición de que sus vínculos laborales se encontraran vigentes al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, y excluyó explícitamente a quienes ya habían finalizado su vínculo laboral.

Así mismo, como previamente se dijo, en sentencia **C- 1024 de 2004**, al estudiar el inciso 3 del artículo 33 de la citada ley, concluyó que "cuando el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 se refiere a los "fondos", está comprendiendo dentro de esta denominación a **todas las entidades públicas o privadas encargadas de administrar el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones.** (...) Si bien el legislador optó por utilizar la palabra "fondos", una interpretación sistemática de las disposiciones que regulan el régimen de pensiones en la ley de seguridad social, permite ratificar la posición de la Corte (...), en torno a la aplicabilidad del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 a las entidades públicas de seguridad social, tales como, la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) o el Seguro Social[sic]."

En concordancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha amparado el derecho fundamental a la seguridad social de quienes se encontraban vinculados laboralmente con anterioridad a la Ley 100 y requerían de aquellas cotizaciones para acceder a la prestación pensional.

En este sentido, la sentencia **T-784 de 2010**[84] reiterando lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[85] en relación con el reconocimiento del derecho pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993, resaltó que "el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho a que se le habilite en el Sistema

General de Pensiones mediante la contribución a pensiones correspondiente"

Igualmente, en sentencia **T-125 de 2012**[86], esta Corporación consideró que la autoridad judicial accionada había desconocido la jurisprudencia constitucional al no sancionar al empleador como responsable del pago de las cotizaciones causadas durante todo el tiempo que duró el vínculo laboral, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En efecto, ordenó al Banco de Bogotá (empleador) "transferir al Instituto del Seguro Social el valor actualizado – cálculo actuarial-, de acuerdo con el salario que devengaba el actor para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, al actor le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión."

En sentencia **T-543 de 2012**,[87] la Sala de Revisión, al analizar una solicitud de pensión de jubilación por aportes concluyó que "el ISS no podía aducir en este caso, para negarse al reconocimiento de la pensión de jubilación del Sr. Alfonso Cortes, que el Municipio de Barbacoas no le ha expedido o reconocido el bono pensional o la cuota parte. Por esta razón, esta Sala concluye que una vez el ISS logró verificar el cumplimiento de los requisitos de la Ley 71 de 1988, debió proceder al reconocimiento de la pensión del actor".

De otra parte, como se dijo en precedencia, el Consejo de Estado al analizar una demanda contra el Decreto 2709 de 1994 que reglamentó la Ley 71 de 1988, señaló en **sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado** (Rad.1628-06) sostuvo que:"No es de recibo el argumento del ISS relacionado con que los tiempos laborados en entidades públicas que no descontaban aportes para pensiones sean excluidos para efectos del reconocimiento de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque era la entidad la que exoneraba a sus empleados de dicha carga precisamente por asumir éstas el pago de la prestación, es decir, que la falta de aportes no es imputable al empleado. La razón de inexistencia de aportes a Cajas de Previsión o Fondos Públicos tampoco afecta la financiación del pago de la pensión pues, en ese caso, es la entidad pública la que está en la obligación de asumir el pago de los mismos por el tiempo que haya durado la vinculación laboral, ya sea a través de bono pensional o cuota parte."[88]

En este contexto, no es aceptable el argumento expuesto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al desconocer el tiempo de servicio prestado por el accionante en la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, durante el período del 15 de abril de 1991 al 30 de junio de junio de 1995, porque en esa época no se realizaron aportes al sistema de seguridad social en pensiones, yendo en contravía de los principios constitucionales antes señalados.

Por tanto, para esta Sala el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en un defecto sustantivo que configura una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por pasar por alto tanto el precedente constitucional como el del Consejo de Estado, conculcando de esta manera los derechos fundamentales del accionante.

En segundo lugar, para determinar si el accionante tiene derecho a la prestación solicitada, debe analizarse si es beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Examinado el expediente, se observa que el señor Rodríguez Gutiérrez nació el día 28 de octubre de 1949, lo que significa que al 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad. Sin embargo, como el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 Superior, dispuso que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no puede aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, excepto en aquellos casos en que el trabajador

beneficiario de ese régimen tenga cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de ese Acto Legislativo, es decir, al 29 de julio de 2005, es necesario establecer si el actor cumple esta condición.

Con base en el resumen de semanas cotizadas por el empleador al ISS[89], durante su vida laboral (sin incluir el periodo no cotizado por la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá) se reportan un total de 997.43 semanas al 31 de octubre de 2003, fecha anterior al límite impuesto por el Acto Legislativo, lo que permite comprobar que efectivamente el señor Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez es beneficiario del régimen de transición y por tanto, le permite acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros y requisitos del régimen anterior al cual estaba afiliado, es decir la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 reglamentario, el cual exige para el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i. tener 60 o más años de edad en el caso de los hombres y,
- ii. acreditar aportes por 20 años – 7.300 días/1.042 semanas – a diferentes entidades de previsión social y al ISS.

Así, en el presente caso, esta Sala advierte que (i) el actor tiene actualmente 64 años de edad, es decir, supera el requisito de la edad para tener derecho a la pensión de jubilación por aportes; y, (ii) en cuanto a las semanas cotizadas y el tiempo de servicios esta Sala reitera que en virtud del literal f) del artículo 13 y del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados deberán tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.

El ISS al resolver la solicitud elevada por el actor mediante Resolución No. 023908 del 10 de agosto de 2010, no obstante reconocer que era beneficiario del régimen de transición y tener un tiempo de servicio a entidades del sector público de 21 años, 5 meses y 10 días, que equivalen a 1102 semanas,[90] consideró que no cumplía los requisitos señalados en la Ley 33 de 1985, toda vez que sólo acredita un total de 9 años 9 meses y 18 días cotizados al seguro social con empleadores del sector público.

En esa misma resolución, señaló que "para el estudio de la prestación con base en la ley 71 de 1988 no es posible tener en cuenta el tiempo laborado con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, entidades que no efectuaron cotizaciones a ninguna caja o fondo, de acuerdo a lo establecido en el memorando GNAP No. 001586 del 10 de febrero de 2004".

El anterior argumento, aceptado por el Tribunal accionado, carece de sustento jurídico teniendo en cuenta lo antes expuesto en esta sentencia, toda vez que con el fin de no afectar los derechos adquiridos de los trabajadores, se les debe tener en cuenta el tiempo laborado independientemente de que la entidad haya aportado o no.

De manera que no debe descartarse el tiempo laborado y no cotizado para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, durante el 15 de abril de 1991 al 30 de junio de 1995, toda vez que, como lo señaló el Juzgado 29 Laboral de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá[91], sumado ese tiempo, cumple con 1102 semanas, que coinciden con el tiempo reconocido por el Seguro Social como trabajado al sector público en la resolución arriba mencionada. En esa medida, el actor cumple con el requisito de las semanas cotizadas o

laboradas previsto en la Ley 71 de 1988.

Así las cosas, es claro para esta Sala que el actor tiene derecho a la pensión de jubilación por aportes bajo los parámetros establecidos por la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 aplicables, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que cuenta con más de 60 años de edad y supera los 20 años de aportes en cualquier tiempo.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto en los acápites anteriores, el actual régimen jurídico de pensiones (i) permite la acumulación de aportes que se hayan efectuado a diversas entidades de previsión social públicas o privadas y al ISS, por la totalidad del tiempo servido para efectos del reconocimiento de su pensión de jubilación por aportes (inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988), y dentro de este marco de protección (ii) garantiza a los afiliados que se tendrán en cuenta, para los mismos efectos, los tiempos de servicio no cotizados al ISS, pero efectivamente laborados como servidores públicos remunerados (artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

Bajo ese entendido, la providencia judicial proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por medio de la cual se absolvió al Instituto de Seguros Sociales del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes, al no tener en cuenta el tiempo laborado y no cotizado para la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, durante el 15 de abril de 1991 al 30 de junio de 1995, representa una violación al derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la seguridad social en pensiones del demandante, por desconocer el precedente que sobre el particular han fijado esta Corte y el Consejo de Estado.

Adicionalmente, se logró demostrar que el actor cotizó un total de 1102 semanas, tiempo reconocido por el Seguro Social como trabajado al sector público en la resolución No. 023908 del 10 de agosto de 2010, cumpliendo con el requisito previsto en la Ley 71 de 1988.

Con base en lo expuesto, esta Sala de Revisión revocará la decisión de tutela adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de diciembre de 2013, que confirmó el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación, el 16 de octubre de 2013, mediante el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela de la referencia. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales del señor Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez.

En consecuencia, se dejará sin efectos la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 26 de febrero de 2013 y se ordenará a dicha Sala que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, dicte nuevamente sentencia dentro del proceso ordinario laboral iniciado por el señor Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez, de conformidad con lo expresado en esta providencia. En la nueva sentencia, deberá ordenar a Colpensiones que reconozca y pague la pensión de jubilación por aportes bajo los parámetros establecidos en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 aplicables al accionante, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que cuenta con más de 60 años de edad y supera los 20 años de aportes en cualquier tiempo.

Adicionalmente, esta Sala ordena a Colpensiones que una vez el señor Rodríguez Gutiérrez radique la solicitud de pensión, acompañada de la sentencia que la condenó al pago de la misma, proceda efectuar el reconocimiento y pago dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo, y por mandato de la Constitución Nacional.

RESUELVE

Primero: REVOCAR la decisión de tutela adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 12 de diciembre de 2013, que confirmó el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación, el 16 de octubre de 2013. En su lugar se CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales del señor Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social.

Segundo: DEJAR sin efectos la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 26 de febrero de 2013.

Tercero: ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, dicte nuevamente sentencia dentro del proceso ordinario laboral iniciado por el señor Alberto Alejandro Rodríguez Gutiérrez, de conformidad con lo expresado en esta providencia. En la nueva sentencia, deberá ordenar a Colpensiones que reconozca y pague la pensión de jubilación por aportes bajo los parámetros establecidos en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 aplicables al accionante, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que cuenta con más de 60 años de edad y supera los 20 años de aportes en cualquier tiempo.

Adicionalmente, esta Sala ordena a Colpensiones que una vez el señor Rodríguez Gutiérrez radique la solicitud de pensión, acompañada de la sentencia que la condenó al pago de la misma, proceda efectuar el reconocimiento y pago dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Nació el 28 de octubre de 1949. Considera que es beneficiario del régimen de transición por

tener más de 40 años al 1 de abril de 1994. Ver folio 31 del cuaderno principal.

[2] Sentencia 44428 del 6 de marzo de 2012. MP. Camilo Tarquino.

[3] Sentencias Números 25000-23-25-000-2001-07206-01 (5503-05) del 8 de marzo de 2007. C.P. Jaime Moreno García; 66001-23-31-000-0527-01-458-2000 del 1 de marzo de 2001. C.P. Alberto Arango Mantillo; 1628-2006 del 4 de agosto de 2010. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[4] Aunque la sentencia C-543 de 1992 declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que disponían la procedencia de la tutela contra sentencias ejecutoriadas, expresó que, de forma excepcional, esta acción constitucional procedía contra decisiones judiciales que, aunque en apariencia están revestidas de la forma jurídica de una sentencia, en realidad implican una vía de hecho. El concepto de vía de hecho fue desarrollado a partir de las sentencias T-079 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-158 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

[5] Sentencia T-104 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis

[6] Sentencia T-774 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[7] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[8] Sobre la caracterización de este defecto, ver entre otras las sentencias T-1068 de 2006 y T-266 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] Ver Sentencia T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

[10] Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[11] Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro "Desencanto para abogados realistas", el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y **(iv) precedente- ratio decidendi consolidada** o precedente orientación. Este último hace referencia a "es la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en- una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir ahora,(...)". Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

[12] El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a)

que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[13] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[14] Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[15] Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[16] Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

[17] Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[18] En palabras de la Corte Constitucional: "La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión "ley", pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía". Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[19] En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[20] Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

[21] La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: "El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a "acceder" igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares".

[22] Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. "La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos".

[23] Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[24] Ver J. Bell. "Sources of Law", en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. "El precedente en Colombia". Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, "American Law In a Global Context. The Basics". Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) "Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)" (traducción libre)."American Law In a Global Context. The Basics". Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

[25] Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[26] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

[27] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[29] M.P. María Victoria Calle Correa.

[30] Lo mismo puede verse en sentencias T-156 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[31] Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[32] Ver sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-230 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[33] Ver sentencia T-123 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[34] Ver sentencia C-539 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[35] Sentencia SU-168 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[36] Sentencia T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[37] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[38] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En este caso el ICFES interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Quinto Administrativo de Popayán y del Tribunal Administrativo del Cauca, por considerar que dichas autoridades judiciales desconocieron los derechos de la entidad, al emitir sentencias dentro de un proceso de reparación directa en las cuales declararon su responsabilidad, condenándolos al pago de perjuicios morales a favor del demandante. A juicio del actor, las

providencias controvertidas adolecen de defectos de carácter fáctico y sustantivo, además de desconocer el precedente del Consejo de Estado en materia de determinación y tasación de perjuicios morales. La Sala concede el amparo al debido proceso de la demandante, por considerar que las sentencias controvertidas adolecen de una motivación en materia de tasación de perjuicios morales, lo que impide el control legal y constitucional del fallo, amenaza el principio de igualdad de trato por parte de las autoridades judiciales para todos los ciudadanos y puede llegar a un grave detrimento del erario público. La Corte concede el amparo invocado y deja sin efecto la sentencia de segunda instancia en lo referente a la tasación de perjuicios morales, ordenando a la respectiva autoridad judicial dictar sentencia de reemplazo.

[39] Ver además sentencias T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[40] En palabras de la Corte: "En síntesis, la Corte ha considerado que la obligatoriedad de la ratio decidendi de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad y del acceso a la administración de justicia pues (de no ser así) la aplicación de la ley y la Constitución dependería del capricho de cada juez - y se habla de capricho precisamente para referirse a los casos en los que los jueces no justifican por qué se apartan de la jurisprudencia de unificación -, de manera tal que casos idénticos o similares podrían ser fallados en forma absolutamente diferente por distintos jueces e incluso por el mismo juez" y al acceso a la administración de justicia porque "...las decisiones de la Corte y su interpretación de la Constitución serían ignoradas por los jueces, en contra del derecho de los asociados a que exista una cierta seguridad jurídica acerca de la interpretación de las normas." Cfr. Sentencia T-566 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterado en la sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras posteriores.

[41] De la misma forma las sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado pueden constituir precedente según el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[42] Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[43] Ver sentencia T-1092 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto y T-656 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[44] En la Sentencia T-748 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se hace un breve recuento sobre la finalidad de estos instrumentos internacionales.

[45] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[47] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

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

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

[51] Ver el Decreto 2196 de 2009.

[52] Los artículos 21 y siguientes regularon además el funcionamiento de las instituciones de previsión que ya existían. En este sentido, el artículo 21 señaló: "Las instituciones de previsión social de empleados y obreros oficiales, ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente Ley se crea, o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados u obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones o corporaciones".

[53] "Artículo 23.- Los Departamentos, Intendencias y Municipios a que se refiere el artículo 22, que no tengan organizadas instituciones de previsión social similares a la que por esta Ley se establece, deberán crearlas dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, observando en lo pertinente las disposiciones de ella".

[54] "Artículo 29º.- Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales que se formen con aporte de varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.

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

[55] Artículo 2, Ley 90 de 1946: "Serán asegurados por el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico. Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro, no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones".

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

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

1o. El cónyuge, los padres y los hijos menores de catorce (14) años del patrono, aunque figuren como asalariados de éste; 2o. Los demás miembros de la familia del patrono, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que presten sus servicios exclusivamente por cuenta del patrono y vivan bajo su mismo techo; 3o. Las personas que ejecuten trabajos ocasionales extraños a la empresa del patrono; 4o. Los trabajadores cuyo número de jornadas anuales sea inferior a noventa (90) días, y los que se ocupen en labores agrícolas temporales, como las de siembra, cosecha y demás similares, siempre que por otro concepto distinto no estén sujetos al seguro obligatorio. 5o. Los empleados y obreros que, por estar afiliados a otra institución de previsión social, gocen de mayores beneficios que los reconocidos por esta ley, de conformidad con el artículo 78. 6o. Los trabajadores que sean excluidos expresamente de este

régimen por los reglamentos generales de la institución: a. Por su carácter de representantes del patrono; y b. Por otras circunstancias especiales que en esos mismos reglamentos se determinen; y 7o. Únicamente en relación con los seguros de invalidez, vejez y muerte, los extranjeros que vengan o hayan venido al país en virtud de contratos de duración fija no mayor de un (1) año, mientras esté vigente el contrato original, y los que, por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al Exterior en cualquier tiempo, siempre que, además, la respectiva organización extranjera tenga previsto para ellos algún régimen de seguro contra los mismos riesgos."

[58] Artículo 76 de la Ley 90 de 1946: "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley, reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior. Para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez en relación con servicios prestados con anterioridad a la presente ley, el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales. En ningún caso las condiciones del seguro de vejez para aquellos empleados y obreros que en el momento de la subrogación lleven a lo menos diez (10) años de trabajo al servicio de las personas, entidades o empresas que se trate de subrogar en dicho riesgo, serán menos favorables que las establecidas para ellos por la legislación sobre jubilación, anterior a la presente ley".

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

Significa lo anterior que, por voluntad expresa e inequívoca del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a) de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio, y b) Por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes. No se trata por lo tanto a juicio de la Corte, como lo pretende la demanda de que, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, o más exactamente los decretos aprobatorios de los mismos, expedidos por el Gobierno, modifiquen o deroguen las normas legales en materia prestacional, sino que éstas por voluntad del propio Congreso, autor de las mismas, dejan de regular los efectos de los contratos de trabajo en la materia correspondiente, desde el momento en que se haga la subrogación del riesgo respectivo. Por otra parte, no puede dejar de observarse que, la vigencia transitoria de la norma legal se conserva, con la posibilidad natural de su aplicación en todos aquellos casos en que no se haya realizado la

sustitución de la misma por el régimen del Seguro Social. No se trata por lo tanto, como ya se indicó, de modificación de normas legales, sino de una subrogación de riesgos, en virtud de la regulación integral de la respectiva materia, progresivamente asumida por el régimen de la Seguridad Social."

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

[61] Sentencia T- 549 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

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

[64] Sentencia del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado; C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[65] C.P. Alberto Arango Mantilla.

[66] El literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el transcrito, retomaron lo contemplado en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, que otorgaba la posibilidad de acumulación de aportes para los trabajadores del sector público y del sector privado que a partir de su vigencia, diciembre 19 de 1988, acreditaran 20 años de aportes cotizados "en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer".

[67] El traslado entre los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, o de una entidad gestora a otra, implica traslado o conservación de aportes, ahorros y capitales, situación frente a la cual se venían presentando un sinnúmero de problemas administrativos a la hora de determinar el monto que debía ser aportado por cada entidad, para contribuir a la pensión de un reclamante. Para solucionar este inconveniente, la Ley 100 de 1993 creó la figura del bono pensional, que como ya se dijo, es un título valor correspondiente a los aportes para pensión que un afiliado haya realizado a una administradora del Régimen de prima media con solidaridad como el ISS, cajas o fondos del sector público, antes de trasladarse a una administradora de fondos de pensiones de ahorro individual. El bono pensional se utiliza como parte del capital para pensión, que sumado al saldo de la cuenta de ahorro individual, conforman dicho derecho pensional.

[68] Sentencia T-748 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[69] Con relación al valor de los bonos pensionales, el artículo 117 de la Ley 100 preceptúa que se deben calcular así: "a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al Sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es

hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE;

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes: 45%, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de quince salarios mínimos legales mensuales. Una vez determinada la pensión de referencia, los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el período que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y para sobrevivientes, a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

En todo caso, el valor nominal del bono no podrá ser inferior a las sumas aportadas obligatoriamente para la futura pensión con anterioridad a la fecha en la cual se afilie al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. El Gobierno establecerá la metodología, procedimiento y plazos para la expedición de los bonos pensionales.

PARÁGRAFO 1o. El porcentaje del 90% a que se refiere el inciso quinto, será del 75% en el caso de las empresas que hayan asumido el reconocimiento de pensiones a favor de sus trabajadores.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el bono a emitir corresponda a un afiliado que no provenga inmediatamente del Instituto de Seguros Sociales, ni de Caja o fondo de previsión del sector público, ni de empresa que tuviese a su cargo exclusivo el pago de pensiones de sus trabajadores, el cálculo del salario que tendría a los 62 años si son hombres y 60 años si son mujeres, parte de la última base de cotización sobre la cual haya cotizado o del último salario que haya devengado en una de dichas entidades, actualizado a la fecha de ingreso al Sistema, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE. **PARÁGRAFO 3o.** Para las personas que ingresen por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992, el bono pensional se calculará como el valor de las cotizaciones efectuadas más los rendimientos obtenidos hasta la fecha de traslado".

[70] Ibídem.

[71] Ibídem,

[72] Artículo 120 de la Ley 100 de 1993.

[73] Artículo 121 de la Ley 100 de 1993: "Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha".

[74] Decreto ley 1299 de 1994.

[75] Decreto ley 1314 de 1994.

[76] La Nación podrá subrogar las obligaciones de que trata este artículo, para asegurar el pago de las mismas a los beneficiarios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y los afiliados a las entidades del régimen de prestación definida, cuando la entidad tenga incapacidad temporal para asumirlas, en las condiciones que se establezcan para el efecto.

[77] Inciso 2º del Par. 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

[78] Sentencia T-543 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto.

[79] "Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. **Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.**"

[80] Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[81] Cfr. T-304 de abril 3 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[82] Sentencia T-439 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[83] Punto 4.2. de la sentencia.

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

[85] Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp 32922 y Sentencia del 3 de marzo de 2010, Exp 36268 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

[86] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[88] Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado; C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[89] Folios 4 al 10 del cuaderno principal.

[90] Ver folio 28 del cuaderno principal.

[91] Sentencia anexada en disco compacto, visible a folio 25 del cuaderno principal.



