Sentencia T-543/12

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Procedencia para reclamarlo mediante acción de tutela

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Carácter fundamental

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

DERECHO A LA PENSION DE JUBILACION-Reconocimiento o pago no puede condicionarse a emisión o pago del bono pensional

ACCION DE TUTELA CONTRA EL ISS-Reconocer la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988, liquidarla y pagarla desde el tiempo en que adquirió el derecho

Referencia: expediente T-3.339.178

Acción de tutela instaurada por Alfonso Cortes contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS–.

Magistrado Ponente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., doce (12) de julio de dos mil doce (2012)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), en la acción de tutela instaurada por Nathaly Ruiz Ibarra, en representación del señor Alfonso Cortes, contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS-.

I. ANTECEDENTES

El pasado once (11) de octubre de dos mil once (2011) el señor Alfonso Cortes impetró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales –ISS-, con fundamento en los siguientes

Hechos

1.- El día 1° de julio de 2009, el Sr. Alfonso Cortes, de 69 años de edad, presentó solicitud para el reconocimiento de su pensión de vejez ante el Instituto de Seguros Sociales –ISS-.

2.- Mediante Resolución No. 1926 del 1° de julio de 2010, el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez al actor. Adujo que el asegurado cotizó 3608 días al ISS y acreditó 3297 días en otras entidades del sector público (1.323 en la Alcaldía Municipal de Pasto y 1.974 en la

Gobernación de Nariño). En total acreditó solo 6905 días que equivalen a 986 semanas cotizadas al ISS y a otras entidades del sector público y privado, con las cuales no acreditaba los requisitos para el reconocimiento de su pensión de vejez, bajo ningún régimen (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Acuerdo 049 de 1990, Ley 100 de 1993).

3.- El día 27 de agosto de 2010 la apoderada del Sr. Cortes presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la anterior resolución. En dicho recurso manifestó que "el estudio se debe realizar de acuerdo a lo establecido por la Ley 71 de 1988 y su Decreto 2709 de 1994 que determina que en el caso de los hombres debe haber cumplido **60 años y 20 años de aportes en cualquier tiempo** acumulados en una o varias entidades de previsión social entre ellas el ISS, por cuanto el peticionario es beneficiario del régimen de transición (…) toda vez que a 1° de abril de 1994 tenía 50 años y 10 meses de edad aprox." (Negrilla fuera del texto original)

Además, sostuvo que no le fue computado el tiempo de servicio al Municipio de Barbacoas (Nariño) que corresponde a 634 días que equivalen a 90.57 semanas[1] y que por tal razón, el Sr. Cortes tiene un total de aportes 1087 semanas, por lo que cumple las exigencias de la Ley 71 de 1988 y del Decreto 2709 de 1994 para el reconocimiento de su pensión de vejez.

4.- El 1° julio de 2011, el Sr. Cortes interpuso acción de tutela, por medio de apoderada, solicitando que se resolvieran los recursos interpuestos pues habían transcurrido aproximadamente 11 meses desde su presentación, acción que fue resuelta a favor de las pretensiones del actor.

5.- Mediante Resolución No. 2246 de 2011, el ISS resolvió el recurso de reposición, confirmando el acto administrativo impugnado. Posteriormente mediante Resolución No. 000359 del mismo año, la entidad negó el recurso de apelación para lo cual manifestó que el artículo 5 del decreto 2709 de 1994, que reglamentó la Ley 71 de 1998, dispuso que "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 (…) ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege". Por tal razón, consideró que el tiempo trabajado por el actor al servicio del Municipio de Barbacoas no es computable para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez en la medida en que la entidad territorial no efectuó cotizaciones durante ese periodo. Concluyó que el afiliado no acreditó el tiempo mínimo cotizado exigido por la Ley 71 de 1988, por cuanto solo cuenta con un total de 6763 días cotizados que equivalen a 966 semanas, y la ley exige 1028 semanas.

6.- El Sr. Alfonso Cortes adujo que laboró en las siguientes entidades públicas y que cotizo al ISS durante los siguientes periodos:

Entidad	Desde	Hasta	Total días
Alcaldía Municipal de Pasto	04/02/1977	15/09/78	582
22/01/1980		06/01/1981	345
04/08/1981		08/02/1982	185
01/07/1982		10/01/1983	190
27/07/87		17/08/1987	21
Gobernación de Nariño	01/02/1972	31/01/1973	360
20/08/1974		20/11/1976	811
22/07/1988		23/04/1989	272
02/02/1990		22/07/1991	531
Alcaldía Municipal de Barbacoas	15/01/1993	30/12/1993	346
01/04/1994		30/12/1994	60
05/05/1994		30/12/1994	206
01/01/1995		18/01/1995	18
Instituto de Seguros Sociales			3744
		7.695 días	
		1.099 semanas	

6.-El accionante adujo que el ISS se encontraba facultado para solicitar a la Alcaldía Municipal de Barbacoas (Nariño), según lo establecido por el numeral 3 del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969[2], la emisión del bono pensional y el correspondiente pago de la cuota parte a prorrata del tiempo laborado y que por tal razón, debió proceder al reconocimiento de su pensión de vejez conforme a los requisitos establecidos por la Ley 71 de 1988.

7.- Manifestó el peticionario que no posee ningún ingreso que le permita procurarse lo necesario para subsistir, que padece de hipertensión arterial para la cual requiere de atención permanente y que fue víctima del desplazamiento forzado por grupos al margen de la ley en el municipio de Barbacoas (Nariño), por lo que se encuentra inscrito en el RUPD desde el 12 de julio del 2001.[3]

Fundamentos jurídicos de la solicitud de tutela

Afirma el accionante que de los anteriores hechos se desprende que han sido vulnerados por el ISS sus derechos a la vida, mínimo vital, igualdad, debido proceso y a la seguridad social. En consecuencia, solicita que se dejen sin efecto las resoluciones que le negaron su derecho a la pensión de vejez para que en su lugar se proceda al reconocimiento de la misma.

Actuaciones procesales

Primera instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de San Juan de Pasto, mediante sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil once (2011) tuteló los derechos fundamentales del actor. Manifestó (i) que el Sr. Alfonso Cortes cotizó entre la Alcaldía Municipal de Pasto, la Gobernación de Nariño, y el Municipio de Barbacoas, un total de 3951 días, (ii) que el accionante acreditó un total de 3744 días cotizados al ISS para el Sistema General de Pensiones, y que en total, "sumados los tiempos públicos y privados acredita 7695 días que equivalen a **1099 semanas** cotizadas al ISS y a otras entidades del sector público y privado".

Con base en lo anterior, sostuvo que el régimen jurídico aplicable al actor era el artículo 12 del Acuerdo 049, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el cual se exigía para el reconocimiento de la pensión de vejez tener 60 años de edad para los hombres y haber acreditado 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo. Por esta razón, concluyó que al descartar el ISS la aplicación del régimen de transición y exigirle al actor la acreditación de los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, realizó una interpretación errónea perjudicando al peticionario al no reconocerle su derecho pensional.

Impugnación de la demandada

El señor Fernando José Velasco Ordóñez, en calidad de Jefe del Departamento de Pensiones del ISS, Seccional Cauca, impugnó el fallo de primera instancia con el fin de que se revocara el amparo concedido por las siguientes razones.

En primen lugar, adujó que las personas que siendo beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no cuenten con 750 semanas cotizadas o aproximadamente 15 años de tiempo de servicios al 29 de julio de 2005, solo podrá mantenérseles dicho régimen hasta el 31 de julio de 2010 "después de esta fecha, se les aplicarán los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993".

En segundo lugar, sostuvo que no es posible sumar tiempos del sector público no cotizados al ISS a fin de completar el número de semanas exigido, como requisito para acceder a la pensión de vejez, por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Aclara el ISS que si bien el demandante continúo cotizando porque no tenía la densidad de semanas suficientes para el momento en que arribó a la edad de los 60 años, tampoco podría pensionarse con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en el evento de no optar por el régimen de transición, pues con lo aportado hasta julio de 2006 no logra reunir las 1.050 semanas que se requieren para el año 2005, aún cuando se le sumaran las 72,86 semanas del sector público cuestionadas acogiendo lo dispuesto en el literal f) del artículo 13 de la ley de seguridad social.

Finalmente, el ISS concluye que "no es posible acceder a la solicitud de pensión reclamada, y menos aún le es dado al juez de tutela ordenar el reconocimiento de la pensión. (…) la actuación del juez rebasa las facultades del juez constitucional por cuanto se inmiscuye en los trámites administrativos que debe adelantar la entidad y no se evidencia la vulneración de derecho fundamental alguno que justifique un pronunciamiento de dicha índole."

Segunda Instancia

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia del decidió revocar el fallo de primera instancia luego de aducir que la acción de tutela no procede para la solución de controversias sobre el reconocimiento de derechos litigiosos o prestacionales pues estos asuntos, en principio, corresponderían al juez ordinario o contencioso administrativo según la naturaleza del asunto. Por lo tanto, sostuvo, la tutela no es el mecanismo para obtener el pago de prestaciones sociales, específicamente en materia de pensiones, pues el ordenamiento jurídico tiene establecidos otros mecanismos de defensa judicial idóneos y principales para debatir los asuntos de esa naturaleza.

Pruebas que obran en el expediente

- Copia del Registro Civil de Nacimiento del Sr. Alfonso Cortes (Folio 16 del cuaderno 2)

- Copia de la Certificación laboral de empleadores para bono pensional de la Alcaldía Municipal de Pasto (Folios 17 al 19 del cuaderno 2)

- Copia del Certificado de información sobre los periodos de vinculación laboral para Bonos Pensionales y Pensiones en la Gobernación de Nariño (Folios 20 al 25 del cuaderno 2)

- Copia del Certificado de salarios mes a mes para liquidar pensiones del Régimen de Prima Media en el Municipio de Barbacoas (Folios 23 a 25 del cuaderno 2)

- Copia de certificación laboral del Sr. Alfonso Cortes emitida por el Secretario General de la Alcaldía Municipal de Barbacoas (Folio 39, 74, 79 y 84 del cuaderno 2)

- Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde enero de 1967 hasta agosto de 2010 (Folios 26 al 29 del cuaderno 2)

- Copia de la Resolución 1926 de 2010 del ISS mediante la cual le niega la pensión de vejez al Sr. Alfonso Cortes (Folio 30 al 32 del cuaderno 1)

- Copia del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1926 de 2010 del ISS (Folio 34 al 38 del cuaderno 2)

- Copia de la Resolución No. 359 de 2011 del ISS por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación (Folio 45 al 45 del cuaderno 2)

- Copia de certificación del administrador del archivo municipal de Barbacoas donde consta que “los aportes de pensión del Sr. Alfonso Cortes se realizaron al Fondo Prestacional de Nariño, en el año 1993 y 1994” (Folio 76 del cuaderno 2)

- Certificación de Acción Social, donde consta que el Sr. Alfonso Cortes se encuentra incluido en el RUPD desde el 12 de julio de 2001 (Folio 80 del cuaderno 2)

II. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del primero (1°) de junio de dos mil doce (2012), con base en lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 y los artículos 179 y 180 del CPC, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de ciertas pruebas, así:

“Primero. ORDENAR que por Secretaría General se oficie al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS para que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente comunicación, remita a este despacho (i) una copia completa de la

historia laboral del Sr. Alfonso Cortés, identificado con C.C. 13001767 y (ii) un documento donde consten los periodos de vinculación laboral del Sr. Alfonso Cortés y se expliquen las razones por las cuales no se ha tenido en cuenta, para efectos del reconocimiento de su pensión de jubilación, el tiempo de servicio prestado por el actor a la Alcaldía Municipal de Barbacoas (Nariño) entre el 15 de enero de 1993 y el 18 de enero de 1995."

De acuerdo con el oficio OPTB-412/2012 del cinco (5) de junio de 2012, emanados de la Secretaría de esta Corporación, se surtió la notificación del auto a las entidades requeridas. Vencido el término probatorio el ocho (8) de junio de 2012, no se recibió comunicación alguna por parte de la entidad requerida.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Presentación del caso y planteamiento del asunto objeto de revisión

2.- El Sr. Alfonso Cortes, por medio de su apoderada Nathaly Ruíz Ibarra, incoa acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales aduciendo que el mismo vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social al resolver negarle la pensión de vejez mediante la Resolución No. 1926 de 2010.

3.- El juez de primera instancia ampara los derechos fundamentales del actor luego de manifestar que el actor, quien contaba con 68 años de edad, completó 1099 semanas cotizadas en cualquier tiempo, verificándose de este modo los requisitos del Acuerdo 049 de 1990.

4.- Por su parte, el juez de segunda instancia revocó la sentencia del a quo para en su lugar denegar el amparo manifestando que la acción de tutela no procede para la solución de controversias sobre el reconocimiento de derechos litigiosos o prestacionales, como los derechos pensionales.

5.- Corresponde por lo tanto a esta Sala de Revisión determinar si el ISS vulneró los derechos fundamentales del actor al no reconocerle la pensión de vejez, en razón a que el Municipio de Barbacoas, por causas no imputables al peticionario, no había efectuado las debidas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones durante el periodo por él laborado.

6.- Para resolver esta cuestión se reiterará lo sostenido por esta Corte con relación a (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) la posibilidad de acumular el tiempo de servicio a entidades estatales y las cotizaciones al ISS con el fin de reunir el número de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez; (iii) la no expedición del bono pensional o de la cuota parte no es excusa para no proceder al reconocimiento de la pensión de vejez. Finalmente se abordará (v) el examen del caso concreto.

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela. Reiteración de Jurisprudencia.

7.-La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”.

8.-La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social[4]. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Así mismo se encuentra estipulado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

En el mismo sentido el Código Iberoamericano de la Seguridad Social, aprobado por la ley 516 de 1999, en su artículo 1, establece “El Código reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social 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.

9.- De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

10.- En el ordenamiento jurídico colombiano la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser

amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” [5].

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva[6]. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

11.-Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales[7] pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

12.-Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela. Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación..

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela. En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que se encuentren en amenaza de vulneración o hayan sido conculcados[9], previo análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

13.-La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas

termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión[10].

14.-De otra parte, de acuerdo con el postulado de subsidiariedad destacado en el inciso 3° del artículo 86 superior, en principio no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias. Así las cosas, la jurisdicción laboral y de la seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el encargo de garantizar la protección de esta garantía iusfundamental.

15.-Sin embargo, en aplicación del mismo principio de subsidiariedad, el cual establece una excepción a tales recursos ordinarios de amparo, la jurisprudencia constitucional ha reparado en eventos específicos en los que, a pesar de la existencia de un medio de protección, resulta imperiosa la necesidad de intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la materialización de un perjuicio irremediable, circunstancia que indica la falta de idoneidad de los instrumentos habituales en el caso concreto para garantizar la protección del derecho fundamental amenazado.

16.-De acuerdo con el principio en mención, la pretensión de amparo del derecho a la seguridad social por vía de tutela resulta admisible a condición de satisfacer los requisitos de procedibilidad de la acción. Así las cosas, en este tipo de pretensiones es menester que se acredite el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) en primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional, conclusión a la que arriba el juez de tutela no sólo a partir del análisis del conjunto de condiciones objetivas en las que se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto[11]. (ii) En segundo término, es preciso que el problema constitucional planteado aparezca probado de manera tal que la verificación de la vulneración del derecho fundamental no requiera un esfuerzo probatorio que desborde las facultades y competencias del juez de amparo[12]. (iii) Para terminar, es necesario demostrar que el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

17.-Establecido el alcance del derecho a la seguridad social a la luz del texto constitucional y del bloque de constitucionalidad, procede la Sala a examinar la configuración legal que determina la acumulación de semanas cotizadas y tiempo de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez.

La posibilidad de acumular el tiempo de servicio a entidades estatales y las cotizaciones al ISS con el fin de reunir el número de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación.

18.-Mediante la sentencia C-177 de 1998 esta Corporación recordó, para efectos de comprender las disposiciones que vinieron a regular el tema de la acumulación de tiempos cotizados o laborados, que antes de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 100 de 1993, en Colombia no se contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes administrados por distintas entidades de seguridad social. En esta ocasión la Corte sostuvo:

“Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos. Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas (…) en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores.

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art. 48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas.”

19.-Con el fin de superar esta desarticulación que vulneraba los derechos fundamentales de los trabajadores, la Ley 100 de 1993 creó un Sistema Integral y General de Pensiones, que **no sólo vino a permitir la acumulación de tiempo servido y semanas cotizadas, sino que “gener[ó] relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones,** todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, según el artículo 10 de esa Ley, este régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos. Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, **se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley.”** (Negrilla fuera del texto original)

20.-En definitiva, la ley ha previsto la posibilidad de que los trabajadores acumulen el tiempo de servicio prestado a diferentes empleadores, públicos o privados, con las cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguros Sociales, tanto antes como después de la Ley 100 de 1993, con el fin último de que los mismos puedan asegurar el reconocimiento de su pensión de vejez una vez han cumplido los requisitos legales.

21.-Dentro de las normas que regulan esta posibilidad, encontramos el literal f) del artículo 13 de

la Ley 100 de 1993 según el cual, para el reconocimiento de las prestaciones que trae la ley en sus dos regímenes, como la pensión de vejez, "se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio." (Subrayas fuera del original)

22.-Por otro lado, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, además de establecer los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, consagra en su parágrafo 1° que para efectos de realizar el cómputo de las semanas necesarias para el reconocimiento de esta prestación, deberán tenerse 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."

23.-Ahora bien, en cuanto a la situación concreta de las personas que habían sido servidores públicos pero que también habían trabajado con empleadores privados, como es el caso del peticionario, 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:

"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)

24.-A pesar de la posibilidad que trajo la Ley 71 de 1988 al contemplar 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.

25.-Como se mencionó (fundamento No. 20), tal acumulación sólo fue posible con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[13] que buscó remediar las situaciones inequitativas que se presentaban por la limitación en las posibilidades de acumular tiempo de servicio a diferentes empleadores, públicos y privados, y cotizaciones hechas a cajas de previsión públicas o privadas o al Instituto de Seguro Social pues ello evidentemente dificultaba de forma grave la adquisición de los requisitos de la pensión de vejez.

26.- Sin embargo, el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, por medio del cual se reglamentó el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 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."

27.-Si bien 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, también lo es que la Ley 71 de 1988 permitió la acumulación de los tiempos públicos y privados sin hacer ninguna distinción, es decir, que la norma en cita impuso diferencias que la Ley no hizo. Esta situación fue puesta de presente mediante 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.[15]

28.-De este modo, dada la inaplicación del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, no podría el ISS 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. Por esta razón, si el ISS o la entidad administradora de pensiones encargada de reconocer la pensión verifica que el trabajador afiliado reunió los requisitos dispuestos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 como lo 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.

29.-En conclusión, hoy el régimen jurídico de pensiones (i) permite que los trabajadores que hayan realizado aportes a diversas entidades de previsión social públicas o privadas y al ISS, acumulen 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 y sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado).

30.- Una vez explicada la anterior posibilidad, procede la Sala a examinar las exigencias previstas por la ley para el cómputo de esos tiempos de servicios que no fueron cotizados al ISS, a la luz de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La no expedición del bono pensional o de la cuota parte no es excusa para no proceder al reconocimiento de la pensión de vejez

31.-Ahora bien, luego de que el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 garantiza a los afiliados, para el reconocimiento de sus prestaciones, el cómputo de los tiempos de servicios prestados como servidores públicos no cotizados al ISS, estipula que el mismo 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."[16]

32.-Este inciso ha sido entendido por esta Corporación como una restricción al reconocimiento de las semanas trabajadas por falta de traslado de las mismas a la entidad administradora de pensiones – en adelante EAP-. Pues bien, por tratarse de una exigencia que eventualmente podría afectar los derechos fundamentales de los trabajadores afiliados, esta disposición fue demandada por inconstitucional ante esta Corporación. Así, en sentencia C-177 de 1998, se 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)".

En esta oportunidad, sostuvo la Corte que con la exigencia que hace la norma de que se trasladen a la EAP las sumas actualizadas para poder acumular las semanas o tiempos trabajados y cotizados, lo que se pretende es evitar que la entidad a la que se afilia el trabajador – como por ejemplo el ISS – deba reconocer y pagar 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."

33.-No obstante, la pregunta que se formuló en esta ocasión respecto de la norma y que resulta de interés para resolver el asunto que se examina es si la exigencia del traslado del bono pensional o de la cuota parte para reconocer los tiempos de servicio, en estos casos, "no implica una carga desproporcionada para aquellos trabajadores que, por razones que no les son imputables, ven limitado su derecho a que se reconozcan las semanas durante las cuales efectivamente trabajaron y realizaron los aportes determinados por la ley."[17]

34.-En este sentido, la problemática a la cual este Tribunal pretendió dar solución mediante el control de constitucionalidad de la disposición, fue a la habitual imposibilidad en la que se encuentran los afiliados para lograr la integridad de sus cotizaciones o tiempos de servicio, cuando los mismos han trabajado para diversas empresas o entidades del estado y han efectuado cotizaciones a distintas entidades de la seguridad social. Lo anterior, precisamente en razón de la disposición que condiciona el cómputo de las semanas a que se traslade efectivamente la suma correspondiente a la EAP, mediante la expedición de un bono pensional o el reconocimiento de la cuota parte.

35.- Pues bien, en esta oportunidad la Corte decidió declarar exequible la disposición acusada, sin embargo 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."

36.-De este modo, a fin de que la disposición no imponga restricciones graves al trabajador para acceder a su pensión de vejez o jubilación, la sentencia C-177 de 1998 manifestó que debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye 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.

37.-Sobre el derecho de los trabajadores a exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las EAP de remitir y recibir los dineros correspondientes al tiempo de servicios, esta Corporación estableció que "para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, **los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.** Es entonces deber del Legislador desarrollar en concreto ese mecanismo judicial, tomando en cuenta las especificidades y complejidades de la situación; **sin embargo, como tal mecanismo no existe, la Corte recuerda que los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I de la Carta**." [18]

En conclusión, la Corte entendió que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado del valor correspondiente a las semanas cotizadas o al tiempo servido, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso, como en el presente caso.

38.-Bajo este supuesto, como quedó establecido, ni la remisión del bono ni la recepción del mismo por parte de las EAP son discrecionales, por el contrario, son deberes de obligatorio cumplimiento que, en ciertos casos, se traducen en derechos constitucionales fundamentales exigibles por los trabajadores mediante la acción de tutela.

39.-De otra parte, el inciso 3° del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100, el cual fue adicionado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, estableció:

"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."**

Esta disposición fue examinada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1024 de 2004, en la cual se 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 Socia[sic]."

40.-Esto nos permite concluir que 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 la EAP 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 h expedido un bono pensional por otra EAP, deberá proceder al reconocimiento de dicha prestación.

Conclusión

41.-En definitiva, la legislación laboral y la jurisprudencia constitucional han entendido que la imposición de restricciones manifiestamente graves al trabajador para acceder a su pensión de vejez o jubilación implica la vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso. Por esta razón, respecto de la evidente restricción de acceso que previó el inciso 2º del par. 1º del art. 33 de la Ley 100 de 1993, al imponer un condicionamiento para proceder al cómputo del tiempo de servicio no cotizado en el sector público (el traslado del bono pensional o el reconocimiento de la cuota parte), esta Corporación consideró que se trataba de una carga desproporcionada para los trabajadores.

42.-De este modo, con el objeto de que no fuera ésta una restricción grave, se estableció que tanto la obligación de la anterior EAP de remitir el bono pensional o la cuota parte a la nueva EAP, como el deber de la nueva EAP de recibir el mismo, no son discrecionales, sino que constituyen obligaciones para ambas entidades (Sentencia C-177 de 1998).

43.-Finalmente, como otra expresión de la necesidad de eliminar las restricciones de los trabajadores para acceder a la pensión de vejez o jubilación, la ley entendió que las entidades encargadas de administrar el Sistema de Seguridad Social en Pensiones "no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte" para negarse a proceder al reconocimiento de la pensión (Inc. 3º par. 1º del art. 33 de la Ley 100 de 1993).

El examen del caso concreto

44.-El ciudadano Alfonso Cortes, quien actualmente cuenta con 69 años de edad, dirigió la solicitud para el reconocimiento de su pensión de jubilación al ISS el 1° de julio de 2009, la cual fue negada mediante Resolución No. 1926 del 1° de julio de 2010 en razón a que el afiliado solo logró acreditar 6905 días que equivalen a 986 semanas cotizadas al ISS y a otras entidades del sector público (Alcaldía Municipal de Pasto y Gobernación de Nariño), tiempo que, según la entidad, no le permitía acceder a la pensión de vejez bajo ningún régimen (Leyes 33 de 1985 y

71 de 1988, Acuerdo 049 de 1990 y Ley 100 de 1993).

45.-Contra la anterior decisión, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en el cual solicitó al ISS la aplicación de la Ley 71 de 1988 y del Decreto 2709 de 1994, y el reconocimiento del tiempo de servicio al Municipio de Barbacoas (Nariño) correspondiente a los siguientes periodos[19]:

Alcaldía Municipal de Barbacoas	15/01/1993	30/12/1993	350
01/04/1994		30/05/1994	60
[01]/06/1994 [sic]		30/12/1994	210
01/01/1995		18/01/1995	18

46.-El ISS negó los recursos interpuestos y confirmó la decisión aduciendo que el artículo 5 del decreto 2709 de 1994, que reglamentó la Ley 71 de 1998, dispuso que "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 (…) ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege". Por tal razón, consideró que el tiempo trabajado por el actor al servicio del Municipio de Barbacoas no es computable para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez en la medida en que la entidad territorial no efectuó cotizaciones durante ese periodo.

47.-Para efectos de establecer si la negativa del ISS constituye una vulneración de los derechos fundamentales del accionante cuyo amparo pueda ser exigido por vía de tutela, es menester tener en cuenta las exigencias destacadas en el fundamento jurídico No. 16 de esta providencia, que nos permitan concluir si en esta oportunidad se satisface el principio de subsidiariedad de la acción.

48.-En primer lugar, advierte la Sala que la controversia planteada supone un problema de relevancia constitucional en la medida en que las restricciones graves impuestas por el ISS a los trabajadores para impedir que los mismos tengan un acceso efectivo a su pensión de vejez, constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso. Por tal razón, se hace necesaria la intervención del juez constitucional para que, en aplicación del principio de favorabilidad, realice una interpretación de la legislación laboral ajustada a la Carta Política. En segundo lugar, esta Sala considera que el problema constitucional planteado está probado y que los elementos necesarios para determinar si hubo o no vulneración del derecho fundamental se encuentran debidamente acreditados. Y en tercer lugar, debido a la avanzada edad avanzada del Sr. Alfonso Cortes (69 años), este debe ser considerado como un sujeto de especial protección constitucional[20] por pertenecer a la categoría de los adultos mayores, conforme al artículo 7° de la Ley 1276 de 2007[21], según el cual ostentan dicha calidad quienes tengan 60 años o más de edad.[22] A lo anterior se suma la especial condición de salud por la que atraviesa actualmente el peticionario debido a la hipertensión arterial que padece y su calidad de sujeto de especial protección como víctima del desplazamiento forzado por acción de grupos al margen de la ley, condición que se encuentra acreditada a folio 80 del cuaderno 2, donde consta que esta inscrito en el RUPD desde el 12 de julio del 2001.

49.-Lo anterior le permite a esta Sala concluir que los mecanismos judiciales ordinarios previstos

para proteger el derecho a la seguridad social, no constituyen, en este caso, un medio idóneo para reclamar la protección urgente de los derechos fundamentales del actor, pues la solución de la controversia por esta vía amenazaría de forma grave el mínimo vital y la salud del actor, incluso pudiendo llegar a superar su expectativa de vida.

50.-Ahora bien, luego de haber acreditado la procedencia del amparo, la Sala analizará si el ISS vulneró los derechos fundamentales del actor al no reconocerle la pensión de jubilación por aportes, en razón a que el Municipio de Barbacoas, por causas no imputables al peticionario, no había efectuado las debidas cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones durante el periodo por él laborado.

51.-Para tal efecto, lo primero que se debe analizar es si el actor tiene la condición de beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Pues bien, la respuesta es afirmativa en la medida en que el Sr. Alfonso Cortes nació el día 10 de junio de 1943, lo que significa que al 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, exactamente tenía 50 años cumplidos.

52.-Sin embargo, la Sala observa que de acuerdo con el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, 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 25 de julio de 2005.

Pues bien, con base en (i) la historia laboral del actor y su cotejo con la imputación de pagos del ISS[23], (ii) las certificaciones de salarios para bonos pensionales expedidas por la Alcaldía Municipal de Pasto[24] y la Gobernación de Nariño[25] y (iii) el certificado de información laboral emitido por el Municipio de Barbacoas[26], esta Sala de Revisión elaboró el siguiente cuadro donde constan el total de semanas cotizadas y tiempo de servicios del Sr. Alfonso Cortes durante su vida laboral:

Entidad	Desde	Hasta	Total días
Alcaldía Municipal de Pasto	04/02/1977	15/09/78	589
22/01/1980		06/01/1981	351
04/08/1981		08/02/1982	189
01/07/1982		10/01/1983	194
Gobernación de Nariño	07/02/1972	31/01/1973	360
20/08/1974		20/11/1976	824
22/07/1988		23/04/1989	276
02/02/1990		22/07/1991	536
Alcaldía Municipal de Barbacoas	15/01/1993	30/12/1993	350

01/04/1994	30/05/1994	60
[01]/06/1994 [sic]	30/12/1994	210
01/01/1995	18/01/1995	18
Instituto de Seguros Sociales		3744 aprox.[27]
	7.700 días	
	1.100 semanas	

53.-De este modo, se constató que el peticionario acreditaba, desde el 4 de febrero de 1977 hasta el 18 de enero de 1995, 3.957 días cotizados o laborados en la Alcaldía Municipal de Pasto, la Gobernación de Nariño y Alcaldía Municipal de Barbacoas, y a su vez 3.154 días cotizados al ISS desde el 6 de julio de 1973 hasta el 25 de julio de 2005. Lo anterior nos permite inferir que para el 25 de julio de 2005 el actor ya había superado las 750 semanas que exige la excepción planteada en el Acto Legislativo 01 de 2005 pues contaba con un total de 7.111 días cotizados y laborados al ISS y otras entidades del sector público y privado, que equivalen a un total de 1.015 semanas. Por consiguiente, esta Sala concluye que aún es beneficiario y se le puede aplicar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que le permite acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros y requisitos del régimen anterior al cual estaba afiliado.

54.-Al accionante, por haber trabajado en entidades oficiales y en empresas privadas durante su vida laboral, le es aplicable el régimen pensional que contempla 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.

(i) En el presente caso, esta Sala verificó que el actor tiene actualmente 69 años de edad, es decir, supera el requisito de la edad para tener derecho a la pensión de jubilación por aportes.

(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.

De igual forma, para el caso de las personas que se habían desempeñado como servidores públicos, pero que también habían trabajado con empleadores privados, como es el caso del Sr. Alfonso Cortes, la Ley 71 de 1988 autorizó la acumulación de aportes a instituciones de previsión social oficiales hechos en razón del tiempo servido al Estado, con las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales en virtud del tiempo trabajado con particulares.

No obstante, el ISS al resolver el recurso de apelación mediante Resolución No. 359 del 211 adujo que en virtud del artículo 5 del Decreto 2709 de 1994, que reglamentó la Ley 71 de 1998, no es computable como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes el laborado en entidades oficiales cuyos empleados no hayan aportado al sistema de seguridad social. Pues bien, como quedó dicho en el fundamento No. 28 de esta sentencia, esta exigencia que trae el decreto reglamentario, desborda las previsiones de la ley afectando los derechos adquiridos de los trabajadores a quien se les debe tener en cuenta el tiempo laborado

independientemente de que la entidad haya aportado o no, razones que imponen su inaplicación en el presente caso. Así lo reconoció la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado (Rad.1628-06) ocasión en la cual también se inaplicó esta disposición, permitiendo la acumulación de tiempos de servicios no cotizados.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que el peticionario cotizó un total de 7.701 días, equivalentes a 1.100 semanas, esta Sala constata que también cumple con el requisito de las semanas cotizadas o laboradas previsto en la Ley 71 de 1988.

Así, a modo de conclusión, 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.

55.-A pesar de lo anterior, el Instituto de Seguros Sociales no ha procedido al reconocimiento de la misma debido a que el Municipio de Barbacoas (Nariño) no ha expedido el bono pensional al cual el actor tiene derecho por haber laborado en dicha entidad durante los periodos que la misma entidad territorial acredita en certificado de información laboral que obra a folios 24 y 25 del cuaderno 2.

Pues bien, como quedó dicho en las consideraciones, la exigencia o restricción que trae el inciso 2 del parágrafo 1° del artículo 33 de la ley 100 de 1993 para computar los tiempos de servicios de los servidores públicos, consistente en que el empleador deba trasladar a la EAP la suma correspondiente mediante la expedición de un bono pensional o el reconocimiento de una cuota parte, es una carga desproporcionada no imputable a los trabajadores (Sentencia C-177 de 1998).

Con todo, del inciso 3° del mismo parágrafo[28] y de la sentencia C-1024 de 2004 que definió el alcance de esta disposición (Fundamento jurídico No. 37) esta Sala concluye 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.

56.-Finalmente, con base en las anteriores conclusiones, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y confirmará la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de San Juan de Pasto por las razones expuestas en esta sentencia. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales al actor y, en consecuencia, ordenará al Instituto de Seguros Sociales que reconozca la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988 a que tiene derecho el Sr. Alfonso Cortes, y proceda a liquidarla y pagarla, desde el tiempo en que adquirió el derecho, incluyendo las semanas por él trabajadas en el Municipio de Barbacoas (Nariño), frente al cual el ISS procederá como corresponda.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de San Juan de Pasto por las razones expuestas en esta sentencia. En consecuencia, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al actor.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que reconozca la pensión de jubilación por aportes de la Ley 71 de 1988 a que tiene derecho el Sr. Alfonso Cortes, y proceda a liquidarla y pagarla, desde el tiempo en que adquirió el derecho, incluyendo las semanas por él trabajadas en el Municipio de Barbacoas (Nariño), frente al cual el ISS procederá como corresponda.

Tercero.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver folio 39 del cuaderno 2.

[2] ARTICULO 75. EFECTIVIDAD DE LA PENSION. "1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la Ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el Artículo 72, de este Decreto, **la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquéllas.**

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921

de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el Artículo 3o del citado Decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la Resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión."

[3] Ver folio 80 del cuaderno 2.

[4] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y (v) el artículo 11, numeral 1, literal "e" de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[5] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

[6] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[7] Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

[8] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

[9] Sentencia T-016-07.

[10] Ibídem.

[11] Al respecto, sentencia T-335 de 2000: "La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional"

[12] Sentencias T-079 de 1995, T-638 de 1996, T-373 de 1998, T-335 de 2000

[13] Ver literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y Par. 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

[14] Las sentencias T-090 de 2009 y T-275 de 2010 son otros dos casos en los cuales, con base en esta misma línea argumentativa, se acumuló el tiempo trabajo con el Estado, en virtud del cual no se había hecho cotización alguna, con los aportes entregados al ISS.

[15] Sentencia del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, CONSEJO DE ESTADO, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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

[17] Ver la sentencia C-177 de 1998.

[18] Ver la sentencia T-002 de 1992, citada por la sentencia C-177 de 1998.

[19] Certificado de información laboral del Municipio de Barbacoas donde constan los periodos de vinculación laboral del Sr. Alfonso Cortes (Folios 24 y 25 del cuaderno 2)

[20] Ver la sentencia T-838 de 2010 donde se concede el amparo y se reconoce la indemnización sustitutiva en estos términos "En este sentido se destaca que la señora Julia Pastora Guzmán de Alfonso cuenta con 60 años de edad, situación que la ubica dentro del grupo de sujetos de especial protección constitucional, por tanto en su caso, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos riguroso habida cuenta de sus especiales circunstancias." Postura reiterada en la sentencia T-059 de 2011, entre otras.

[21] El artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, dispone: "DEFINICIONES. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen".

[22] La Corte Constitucional ha declarado procedente el amparo, con base lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley 1276 de 2007, en sentencias T-829 de 2011, T-578A de 2010, T-478 de 2010, T-235 de 2010 y T-838 de 2010.

[23] Folios 26 al 29 del cuaderno 2.

[24] Folios 17 al 19 del cuaderno 2.

[25] Folios 20 al 22 del cuadeno 2.

[26] Folios 23 al 25 del cuaderno 2.

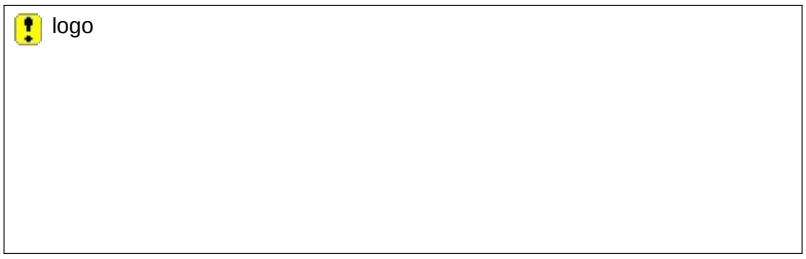
[27]

Según información suministrada por el mismo ISS en la Resolución No. 359 del 12 de septiembre de 2011 mediante la cual se resuelve el recurso de apelación.

[28] Inciso 3 del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. "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."

2

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)


logo