COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/814/11

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/814/11
Expediente	—
Fecha	2010-03-03
Sala	Sala Novena de Revisión
Magistrado ponente	LUIS ERNESTO VARGAS
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Inmunidades Y Privilegios De Organismos Internacionales
- Principio De Inmunidad De Jurisdiccion Restringida
- Derecho A La Seguridad Social
- Pension De Vejez
- Pension Sancion
- Accion De Tutela Contra La Embajada De Los Paises Bajos

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Inmunidad de jurisdicción debe ser entendido en concordancia con tres elementos: (i) el artículo 9 de la Constitución Política según el cual, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los

Texto completo

T-814-11 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-814/11 INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES- Reiteración de jurisprudencia PRINCIPIO DE INMUNIDAD DE JURISDICCION RESTRINGIDA- Concepto La Corte ha sostenido que el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser entendido en concordancia con tres elementos: (i) el artículo 9 de la Constitución Política según el cual, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia; (ii) la soberanía, independencia e igualdad de los Estados; y (iii) en el caso de los organismos y agencias internacionales, la necesidad de que los mismos gocen de independencia para el cumplimiento de su mandato. Así, en criterio de la jurisprudencia, los privilegios e inmunidades de los Estados y las agencias internacionales huéspedes en Colombia, " queda[n] supeditad[os] a que, efectivamente, propendan por la defensa de la independencia, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate." PRINCIPIO DE INMUNIDAD RESTRINGIDA EN EL AMBITO LABORAL La jurisprudencia constitucional estima que el principio de inmunidad de jurisdicción restringida no es contrario a la Carta. En este sentido, dicho principio solo se justifica en la necesidad de garantizar que las misiones diplomáticas y los organismos de derecho internacional cumplan sus funciones con independencia, y en el respeto por la soberanía, independencia e igualdad de los Estados.

Es por ello que dicho principio no es contrario a la intervención de las autoridades colombianas, cuando éstas persigan la protección de los derechos de los habitantes del territorio nacional. De ahí que el principio de inmunidad de jurisdicción

no pueda tener como consecuencia la imposibilidad de acudir ante los jueces para obtener la protección debida, e incluso las reparaciones pecuniarias en razón al daño causado por una organización internacional.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Reiteración de jurisprudencia sobre la protección por tutela La protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando:

(i) no existe otro medio judicial de protección; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) el caso supone un problema jurídico de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido.

PENSION DE VEJEZ - Imposibilidad del cómputo de semanas cotizadas con anterioridad a la ley 100/93 cuando el contrato no esté vigente a su entrada en vigor PENSION SANCION- Alcance de la ley 171 de 1961, art. 8 obligación del empleador de realizar aportes pensionales En virtud del artículo8 de la ley 171 de 1961, el trabajador que sin justa causa sea despedido, después de haber laborado para la misma empresa o para sus sucursales durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la esa ley, tiene derecho a que la empresa reconozca a su favor una pensión indexada.

En estos casos, el derecho a reclamar el reconocimiento de la pensión sanción surge cuando el trabajador cumple 60 años de edad. Dicha pensión se mantiene para los trabajadores afiliados o no al régimen de seguridad social pertinente.

PENSION SANCION- Requisitos ACCION DE TUTELA CONTRA LA EMBAJADA DE LOS PAISES BAJOS- Caso en que accionante trabajó más de diez años y fue despedido sin justa causa, adquiriendo el derecho a la pensión sanción ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION SANCION- Orden al ISS realice los cálculos de la pensión sanción a que tiene derecho el demandante, según artículo 8 de la ley 171 de 1961 ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION SANCION- Orden al ISS determinar si se presenta la compartibilidad de la pensión sanción y la de vejez, según artículo 6 del Decreto 2879 de 1985 ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION SANCION- Orden a la Embajada del Reino de los Países Bajos realice los pagos correspondientes a la pensión sanción DERECHO AL MINIMO VITAL- Obligación de respetar la prohibición que ninguna pensión será inferior al salario mínimo legal vigente en cálculo de pensión sanción Referencia:

expediente T-3141056 Acción de tutela instaurada por Guillermo Efraín Caicedo Jurado contra la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia y el Instituto de Seguros Social.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C. veintiocho (28) de octubre de dos mil once (2011) La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, que resolvieron la acción de tutela promovida por Guillermo Efraín Caicedo Jurado contra la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia, y el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES El 1° de abril de 2011, Guillermo Efraín Caicedo Jurado interpuso acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia (en adelante la Embajada), y el Instituto de Seguros Social (en adelante ISS) vulneraron sus derechos fundamentales a la vida digna, la igualdad, al trabajo, la seguridad social y al mínimo vital.

Fundamentó su acción en los siguientes: 1. Hechos: 1.1 En la actualidad, el accionante tiene 69 años de edad. 1.2 De conformidad con la celebración de un convenio de cooperación binacional, Colombia y el Reino de los Países Bajos pusieron en marcha “un programa de desarrollo rural en el Urabá Antioqueño, para atender campesinos / colonos de evidente marginalidad.” 1.3 El actor trabajó para dicho programa en forma continua e ininterrumpida desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990, específicamente para el Proyecto de Ayuda Agrícola Integral y el Programa de Economía Campesina de Urabá, en el cargo de Jefe de Unidad Agropecuaria.

1.4 Así mismo, en los meses de enero y febrero del año de 1990 , el accionante “actu[ó] por delegación de la Embajada , como coordinador general de la Misión Técnica Holandesa, para terminar con la parte técnica de los programas auspiciados por la cooperación holandesa en el Urabá Antioqueño.” 1.5 Según lo ordenado por la Embajada, el accionante debió trabajar todos los días de ocho de la mañana a seis de la tarde, de lunes a viernes durante toda la vigencia del contrato laboral. Al momento de finalizar su contratación en el año de 1990, percibía un salario mensual de $456.600 pesos.

1.6 Con el propósito de obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, el actor solicitó ante el ISS información sobre su historia laboral. En respuesta a su petición, el ISS le comunicó que la Embajada efectuó su afiliación a esa entidad el 12 de abril de 1989 y realizó aportes a pensión hasta el 15 de mayo del mismo año.

1.7 Dado lo anterior, en el año 2008 el actor expuso en varias oportunidades su caso ante la Embajada, frente a lo cual ésta respondió: “1) ‘La Embajada no estaba obligada’… 2) ‘No había a donde pagar’… 3) ‘En cuanto al régimen pensional patronal solamente quienes prestaran servicios por más de diez años tenían derechos prestacionales.” 1.8 En consonancia con las respuestas de la Embajada y el ISS, el 19 de mayo de 2010 el actor presentó una nueva petición ante el ISS “con el fin de que dicho Instituto efectuara el cálculo actuarial para determinar el valor que la Embajada debe cotizar a la seguridad social integral en pensiones para cumplir con las semanas legales necesarias para tener derecho a una mesada pensional, de conformidad con la Ley 100 de 1993; sin obtener resultado favorable a mi petición.” 1.9 Como consecuencia de la omisión de la Embajada en relación con los aportes pensionales en comento, el actor no ha obtenido el reconocimiento de la pensión de vejez. Sobre el particular, el accionante agregó:

“[p]ersonalmente y por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores he solicitado a la Embajada Real de los Países Bajos – Holanda que efectúe las cotizaciones pensionales al ISS, sin obtener respuesta favorable, lo que me causa un perjuicio grave e irremediable por no poder acceder a mi pensión de vejez, al ser una persona de la tercera edad sin recursos económicos para mi sostenimiento.” 2. Solicitud de tutela Con base en los hechos expuestos, Guillermo Efraín Caicedo Jurado solicitó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ordenar: (i) a la Embajada que transfiera al ISS el valor actualizado de la suma por concepto de aporte a pensiones, según el tiempo de servicios prestados a la Embajada, es decir, desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 18 de febrero de 1990; y (ii) al ISS que realice la liquidación actualizada de esa suma.

3. Trámite de instancia Mediante auto del 5 de abril de 2011, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ordenó la notificación de la acción de tutela interpuesta, a la Embajada y al ISS.

3.1 Respuesta dela Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia En escrito dirigido al juez de tutela el 7 de abril de 2011, María Cecilia Reyes Jaimes, en calidad de apoderada judicial de la Embajada, solicitó al juez de tutela declarar la improcedencia del amparo invocado “por existir otros mecanismos de defensa judiciales.” A su juicio, el accionante “no gozaba de derecho a un pago pensional en la medida en que en el lugar y época en que había prestado servicios la Embajada no había posibilidad material ni obligación legal de afiliarlo al sistema de pensiones del ISS y que, en al (sic) medida en que había prestado servicios por un período menor a 10 años, no tenía un derecho pensional a cargo de la Embajada.” En relación con la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, precisó que las acreencias laborales

reclamadas por el actor pueden ser solicitadas mediante el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes ante el juez laboral. Sobre este aspecto, agregó:

“no está demostrada la existencia de un perjuicio irremediable o de un daño inminente que hiciere procedente la tutela.” 3.2 Respuesta del Instituto de Seguro Social El 28 de abril de 2011,Walter Orozco Salazar, Jefe de la Unidad de Planeación y Actuaria del ISS, solicitó al juez de tutela “se archive el expediente”, habida cuenta que “la Embajada Real de los Países Bajos – Holanda, puede solicitar la elaboración del cálculo” actuarial por el monto correspondiente a los aportes a pensiones de Guillermo Efraín Caicedo Jurado, “por el período comprendido entre al (sic) 15 de febrero de 1980 y el 28 de febrero de 1990.” De este modo, precisó que “si así lo desea”, la Embajada “puede diligenciar formalmente los formatos diseñados por el ISS para tal fin”.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente 4.1 Copia de la cédula de ciudadanía de Guillermo Efraín Caicedo Jurado (folio 12, cuaderno 2).

4.2 Copia del documento “Reporte de semanas cotizadas – período 1967 -1994”, expedido el 13 de enero de 2009 por el ISS a favor de Guillermo Efraín Caicedo Jurado (folio 14, cuaderno 2).

4.3 Copia de la petición presentada el 14 de julio de 2008 por Guillermo Efraín Caicedo Jurado, Lucía Antonia Marín Rodríguez, León Ángel Gallego Marín y Amparo Jaramillo Ruiz, ante el Embajador de los Países Bajos en Colombia, Frans Van Iharen (folio 15, cuaderno 2).

4.4 Copia de la respuesta dirigida el 8 de octubre de 2008 por Saskia Roelofs, Jefe de Gestión Interna de la Embajada, a Guillermo Efraín Caicedo Jurado (folio 16, cuaderno 2).

4.5 Copia de la petición presentada el 11 de noviembre de 2008 por Guillermo Efraín Caicedo Jurado, Lucía Antonia Marín Rodríguez, León Ángel Gallego Marín y Amparo Jaramillo Ruiz, ante el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, Jaime Bermúdez (folios 17 y 18, cuaderno 2).

4.6 Copia de la respuesta dirigida el 10 de junio de 2010 por Natalia María Uregui Ortigoza, Jefe Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, a León Ángel Gallego Marín, Guillermo Efraín Caicedo Jurado, Lucía Antonia Marín Rodríguez, Luis Fernando Toro Hincapié y Amparo Jaramillo (folio 19, cuaderno 2).

4.7 Copia de la petición presentada el 19 de mayo de 2010 por Guillermo Efraín Caicedo Jurado, ante el ISS (folios 22 a 25, cuaderno 2). 4.8 Copia de la respuesta dirigida el 9 de agosto de 2010 por Jesús María Cardona Buitrago, Jefe Departamento Financiero Seccional del ISS, a Guillermo Efraín Caicedo Jurado (folios 26 y 27, cuaderno 2).

4.9 Copia de las declaraciones extrajuicio para fines procesales, realizadas el 6 de mayo de 2010 por Iván Darío de Jesús Pineda Londoño, Víctor Eliécer Bula Gutiérrez, Fabio Humberto Torres Lozano y Luis Carlos Quintero Ortiz, ante la Notaría Sexta del Circulo Notarial de Medellín (folios 28 a 35, cuaderno 2).

4.10 Copia de la respuesta dirigida el 7 de abril de 2011 por la Embajada al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, mediante la cual le comunica:

“los ex trabajadores no tienen derecho a un pago pensional por parte de la Embajada, básicamente por las siguientes razones: la Embajada no pudo afiliar a los ex trabajadores al ISS ya que no había cobertura pensional en Urabá; conforme a las normas vigentes a la fecha de terminación de los contratos de trabajo únicamente se generaban obligaciones pensionales para los empleadores (de manera directa) cuando el empleado había trabajado más de diez años; y la posibilidad de pagar aportes pensionales al ISS por omisión de afiliación entró en vigencia con la Ley 50 de 1990” (folios 19 y 20, cuaderno 3).

4.11 Copia de la carta dirigida el 7 de abril de 2011 por la Embajada a Guillermo Efraín Caicedo Jurado (folio 24, cuaderno 3). 4.12 Copia del formulario “Solicitud del cálculo actuarial”, expedido por el ISS (folios 57 a 64, cuaderno 2).

II. LAS SENTENCIAS QUE SE REVISAN 1. Sentencia de primera instancia En sentencia del 12 de abril de 2011, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó la tutela de los derechos fundamentales invocados.

Para el efecto, la Sala acogió el argumento expuesto por la Embajada en su escrito de contestación de la acción, en el sentido de señalar que la solicitud de amparo no satisface el requisito de subsidiariedad, pues el actor puede hacer uso de los mecanismos de defensa judicial que existen en materia laboral para obtener el amparo de sus pretensiones.

2. Impugnación de Guillermo Efraín Caicedo Jurado Mediante escrito presentado ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el accionante impugnó el fallo proferido por esa Sala el 12 de abril de 2011. En su escrito, reiteró los hechos y consideraciones reseñados en la acción de tutela.

3. Sentencia de Segunda Instancia En sentencia del 30 de junio de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de primera instancia que negó el amparo constitucional solicitado.

A juicio de la Sala de Casación Penal, le asiste razón al juez de primera instancia al sostener que la presente acción no satisface el requisito de subsidiariedad, comoquiera que el accionante puede hacer uso de los mecanismos de defensa judicial que existen en materia laboral para obtener el amparo de sus pretensiones.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE 1. Competencia De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 28 de julio de 2011, la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas.

2. Problema jurídico 2.1En concordancia con los hechos que fundamentan la acción de tutela de la referencia, el accionante trabajó para la Embajada del Reino de los Países Bajos desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990, específicamente para el Proyecto de Ayuda Agrícola Integral y el Programa de Economía Campesina de Urabá, liderados por ese organismo internacional en el Urabá Antioqueño.

2.2 Según la información suministrada por el ISS al actor, la Embajada solo realizó aportes pensionales a su favor desde el 12 de abril de 1989 hasta el 15 de mayo del mismo año, por lo que aunque en la actualidad tiene 69 años de edad, no cuenta con el número de semanas exigidas de cotización para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

2.3 En este orden de ideas y de acuerdo con lo expuesto por los jueces de instancia, corresponde a la Corte resolver dos problemas jurídicos. En primer lugar, si la presente acción de tutela es procedente, puntualmente en relación con dos aspectos: si satisface el requisito de subsidiariedad; y si no es contraria al principio de inmunidad de jurisdicción, dada la naturaleza de organismo de derecho internacional de la Embajada.

2.4 En segundo lugar, de encontrarse que la presente acción es procedente, la Corte deberá resolver un segundo problema jurídico: ¿La Embajada vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Guillermo Efraín Caicedo Jurado, al no efectuar los aportes pensionales correspondientes desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990? Frente a este problema jurídico, esta Corporación deberá analizar las razones expuestas por la Embajada para justificar la omisión aludida, a saber: (i) la falta de cobertura del ISS en Urabá entre los años 1980 y 1990; y (ii) la entrada en vigencia de la ley 50 de 1990después de la terminación del contrato de trabajo suscrito por el actor, particularmente de la disposición contenida en esa Ley según la cual, el reconocimiento y pago directo de la pensión de vejez por parte del empleador solo tiene lugar cuando el trabajador ha prestado sus servicios durante más de 10 años y no ha sido afiliado al ISS.

2.5 Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra organismos de derecho internacional; (ii) la procedibilidad de la acción de tutela para obtener la protección del derecho fundamental a la seguridad social; (iii) imposibilidad de cómputo de semanas cotizadas con anterioridad a la ley 100 de 1993 cuando el contrato no esté vigente a su entrada en vigor y iv) análisis sobre el alcance del artículo 8 de la Ley 171 de 1961.

2.6 Finalmente, esta Sala de Revisión estimará si es menester conceder la acción de tutela interpuesta por Guillermo Efraín Caicedo Jurado y, en consecuencia, revocar las sentencias que declararon la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, esto es, el estudio del caso concreto.

3. Privilegios e inmunidades de los organismos internacionales. Reiteración de jurisprudencia 3.1 El principio de inmunidad de jurisdicción restringida 3.1.1 Esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados y los organismos internacionales [1] .

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmunidad se deriva de una regla de derecho internacional público, reconocido por la costumbre y varios instrumentos internacionales, en virtud del cual “ los agentes y bienes de Estados extranjeros deben ser inmunes frente a la actuación coercitiva de las autoridades públicas de los Estados huéspedes.

[2] ” Norma que se materializó en el artículo XXXI de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas hecha en esa ciudad el 18 de abril de 1961 y aprobada por Colombia mediante la Ley 6ª de 1972, la cual establece que los agentes diplomáticos gozan de inmunidad absoluta en materia penal y también en materias civil y administrativa pero con algunas excepciones taxativas [3] .

3.1.2 En este sentido, la Corte ha sostenido que el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser entendido en concordancia con tres elementos: (i) el artículo 9 de la Constitución Política según el cual, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia; (ii) la soberanía, independencia e igualdad de los Estados; y (iii) en el caso de los organismos y agencias internacionales, la necesidad de que los mismos gocen de independencia para el cumplimiento de su mandato. Así, en criterio de la jurisprudencia, los privilegios e inmunidades de los Estados y las agencias internacionales huéspedes en Colombia, “ queda[n] supeditad[os] a que, efectivamente, propendan por la defensa de la independencia, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate.

[4] ” 3.1.3 Ahora bien, de conformidad con el último elemento anotado, esta Corporación ha sostenido que a la luz de la Constitución, en el territorio colombiano ningún Estado u organismo internacional gozan de inmunidad absoluta [5] . Esto es así, porque las atribuciones que le competen al Estado colombiano en términos de soberanía e independencia, implican que tiene capacidad jurídica para “ asegurar la defensa de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción.

[6] ” De esta manera, el principio de inmunidad de jurisdicción debe ser concebido como un instrumento para garantizar la autonomía de los agentes internacionales en el ejercicio de sus funciones, “ pero sin que ello implique una renuncia no justificada del deber del Estado de garantizar los derechos y deberes de los habitantes del territorio.

[7] ” Así, ha entendido la Corte, las intervenciones de las autoridades colombianas que persigan la defensa de los derechos de los habitantes del territorio nacional, siempre y cuando no obstaculicen el desempeño eficaz de las funciones de los organismos de derecho internacional huéspedes en Colombia, “no sólo son legítimas sino necesarias para garantizar el orden constitucional y en particular el respeto a la recíproca independencia.

[8] ” 3.1.4 Con base en la subregla anterior, esta Corporación ha definido en sede de tutela y en materia de control de constitucionalidad, unas limitaciones a la inmunidad de los agentes de Estados extranjeros y organismos de derecho internacional que se encuentren en el territorio nacional, a las cuales se hará referencia a continuación.

3.2 El principio de inmunidad restringida en el ámbito laboral 3.2.1 En la sentencia T-932 de 2010 [9] , la Corte analizó el caso de una ciudadana a favor de quien la Misión Diplomática de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, dejó de realizar los aportes al Sistema de Pensiones. Para resolver el caso concreto, en las consideraciones generales del fallo, la Sala Novena de Revisión llegó a tres conclusiones principales:

(1) De manera progresiva, el derecho internacional ha reconocido que los Estados y los organismos internacionales tienen inmunidad restringida en materia laboral, es decir, ha aceptado que las misiones diplomáticas y los organismos supranacionales pueden ser llamados a juicio por tribunales locales “cuando se encuentran comprometidos derechos laborales y prestacionales de connacionales y residentes permanentes del territorio nacional (…).” (2) Cuando un Estado extranjero celebra un contrato laboral con un nacional colombiano, debe someterse irrestrictamente a las normas laborales internas, razón por la que “ un Estado acreditante no puede alegar inmunidad por reclamos derivados del contrato de trabajo o de la ejecución de relaciones laborales.” (3) La celebración de contratos de trabajo con nacionales colombianos obliga a las misiones diplomáticas y a los organismos supranacionales a asumir el riesgo de vejez [10] , “ mediante la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales o incluso a otras entidades de previsión social que cubrieran tal riesgo .” 3.2.2 En consonancia con las conclusiones anotadas, al constatar que la accionante podía acudir ante los jueces laborales para obtener el amparo de sus pretensiones, y ante la necesidad de adoptar medidas urgentes e impostergables para garantizar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, la Corte concedió la tutela interpuesta como mecanismo transitorio y ordenó al Jefe de la Misión Diplomática de la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia pagar a la accionante “la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente conforme a las normas colombianas, a título de pensión provisional de vejez y hasta tanto la justicia ordinaria laboral resuelva de fondo la controversia en materia de derechos laborales que planteará la actora.” 3.3 En suma, la jurisprudencia constitucional estima que el principio de inmunidad de jurisdicción restringida no es contrario a la Carta.

En este sentido, dicho principio solo se justifica en la necesidad de garantizar que las misiones diplomáticas y los organismos de derecho internacional cumplan sus funciones con independencia, y en el respeto por la soberanía, independencia e igualdad de los Estados.

Es por ello que dicho principio no es contrario a la intervención de las autoridades colombianas, cuando éstas persigan la protección de los derechos de los habitantes del territorio nacional. De ahí que el principio de inmunidad de jurisdicción no pueda tener como consecuencia la imposibilidad de acudir ante los jueces para obtener la protección debida, e incluso las reparaciones pecuniarias en razón al daño causado por una organización internacional.

Así, se puede concluir que la acción de tutela sí es procedente para obtener la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social de quien ha prestado sus servicios a una misión diplomática o a un organismo internacional, cuando el empleador ha omitido dar cumplimiento al deber de realizar los aportes correspondientes al Sistema de Pensiones.

4. Procedibilidad de la acción de tutela para obtener la protección del derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia 4.1 De conformidad con la jurisprudencia constitucional [11] , el derecho a la seguridad es un derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable [12] ;

(ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia [13] , y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad [14] .

4.2 En ese sentido, esta Corporación ha precisado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del principio de subsidiariedad [15] , la acción de tutela es improcedente para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de prestaciones derivadas del sistema de pensiones [16] . Bajo este criterio, la jurisprudencia ha entendido que la acción de tutela no puede ser tramitada para decidir conflictos en esa materia [17] , pues con ese propósito el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes.

4.3 Sin embargo, desde sus primeras sentencias, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, es posible identificar algunas excepciones a la subregla de la improcedencia [18] . En la sentencia T-414 de 2009, dichas excepciones fueron resumidas así:

“4.2.1 En primer lugar, la acción de tutela será procedente si no existe otro medio judicial de protección. Como se indicó, en principio, respecto de las prestaciones que se derivan del derecho a la seguridad social el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. Sin embargo, puede ocurrir que aunque dicho medio exista, luego de analizar las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto se concluya que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada, comprobación que da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo definitivo [19] .

(…) 4.2.2 En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela es procedente cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor.

En estos casos, dicha comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo transitorio hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio [20] . En todo caso, se debe tener en cuenta que “la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.

[21] ” [22] . (…) 4.2.3 En tercer lugar, la Corte ha sostenido que para que la acción de tutela interpuesta con el objeto de obtener el reconocimiento de una pensión sea procedente y deba prosperar, “es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional” [23] , es decir, que transcienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior [24] .

De conformidad con la jurisprudencia, el reconocimiento de una pensión adquiere relevancia constitucional cuando: (i) del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada [25] , su estado de salud, su precaria situación económica [26] , se concluye que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta [27] .

En este punto, la relevancia constitucional se deriva de la necesidad de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y el acceso al Sistema de Seguridad Social sin ningún tipo de discriminación [28] ;

(ii) se verifica la grave afectación de otros de derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso [29] .

Sobra advertir que este criterio no puede ser confundido con el requisito de la conexidad, pues a la luz del carácter fundamental del derecho a la seguridad social, la comprobación de la afectación de otros derechos fundamentales refuerza la necesidad de conceder la protección invocada, más no constituye un criterio para examinar la procedibilidad de la acción de tutela. Por el contrario, este requisito debe ser entendido “en tanto enlace estrecho entre un conjunto de

circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

[30] ”; y (iii) se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y el principio de irrenunciabilidad de las prestaciones establecidas en las normas que dan contenido al derecho a la seguridad social [31] .

(…) 4.2.4 En cuarto lugar, esta Corporación ha afirmado que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia [32] .

Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad- [33] .” (Negrilla fuera del texto original).

4.4 En síntesis, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando: (i) no existe otro medio judicial de protección; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) el caso supone un problema jurídico de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido.

4.5. Igualmente, la Corte ha establecido reglas interpretativas para entender los anteriores requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en materia de seguridad social. Así, la carencia de idoneidad del medio judicial ordinario o la verificación de un perjuicio irremediable, se analizará conforme a las circunstancias específicas que ofrece el caso, en la medida que esta apreciación no debe realizarse en abstracto [34] .

Aunado a lo anterior, las Salas de este Tribunal han recalcado, que deben estudiarse las particularidades del proceso ordinario que busca desplazar la acción de tutela; con el propósito de determinar cuál herramienta procesal ofrece una protección eficaz del derecho fundamental. Sobre el particular se ha dicho que:

“No basta que teóricamente exista la posibilidad de acudir a medios ordinarios, sino que, habida consideración de las circunstancias particulares del caso, es necesario comprobar que la posibilidad es cierta” [35] .

Agrega que, “ en cuanto a los mecanismos de defensa judicial considerados principales u ordinarios, es pertinente tener en cuenta que no todos tienen similares características, pues algunos son procesalmente más rápidos y eficaces que los demás.” [36] Ahora bien, con relación a la configuración de un perjuicio irremediable, esta Corte ha entendido por tal, aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, porque no se puede remediar ni ser recuperado en su integridad [37] . Así mismo, para identificar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son :

“ A). El perjuicio ha de ser inminente : que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes , es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) se requiere que éste sea grave , lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable , ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna” [38] .

Incluso, “la concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.” [39] 4.5.1. Del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte ha vinculado la edad del demandante, en la configuración del perjuicio irremediable y la idoneidad del medio judicial ordinario, en la procedencia de la acción de tutela, puesto que resulta inocuo exigirle la activación de la justicia común [40] . En consecuencia ha optado por la protección definitiva de los derechos fundamentales pretermitiendo la salvaguarda transitoria de estos. Por ello, la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permite presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos [41] , dado que “ el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor ” [42] .

5. Imposibilidad del cómputo de semanas cotizadas con anterioridad a la ley 100 de 1993 cuando el contrato no esté vigente a su entrada en vigor.

5.1 Cabe acotar que antes de la ley 100 de 1993 no existía en Colombia un sistema integral de pensiones, “ sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social” [43] .

Así, quien debía cubrir el riesgo de la vejez en el sector público era la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL); mientras a su vez existían “ en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC” [44] . Aun así, para el caso de los trabajadores privados, en principio se estipuló que, las empresas con cierto capital eran las únicas obligadas a reconocer una pensión de jubilación a sus empleados siempre que cumplieran los requisitos de edad y tiempo de servicio [45] . Luego, desde 1967 el ISS comenzó progresivamente a hacerse cargo de esta contingencia. “ 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” [46] .

Por lo tanto, en Colombia se presentaba la penosa situación en la que una persona no podía acumular los tiempos constituidos ante diferentes empleadores con el propósito de adquirir el derecho de pensión.

“ Con anterioridad a [la ley 100 de 1993] los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión” [47] .

Conforme a lo anterior, los trabajadores vinculados a las empresas que tenían a su cargo la obligación de pagar las respectivas pensiones, contaban con una expectativa de adquirir el derecho de pensión cuando se cumpliera el tiempo requerido por la ley. Esta es la razón, por la que al entrar a regir la ley 100 de 1993, el legislador incluyó un artículo en el que regló la situación de estas personas.

De allí, el artículo 33 del sistema general de pensiones consagra los requisitos que debe reunir un asegurado para adquirir el derecho a una pensión de vejez; entre los cuales se reguló la forma de hacer el computo de los tiempos constituidos antes de la vigencia de ley 100 de 1993. De esta manera, el parágrafo 1° en su literal “c” dispuso que para efectuar la suma de las semanas a que se refiere ese artículo, se tendría en cuenta “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” . (énfasis añadido) De la lectura de la norma se desprende que, es una condición para el computo de semanas configuradas antes de la ley 100 de 1993, la vigencia del contrato de trabajo a la entrada en vigor de la norma en comento. Esta interpretación fue demandada, ante la Corte por considerarse violatoria al derecho a la igualdad, toda vez que “ pone en desventaja manifiesta a los trabajadores que estaban vinculados con empleadores que a esa fecha tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, pues en la ley 100 a los demás trabajadores no se les pone tal condición, discriminación que viola en forma directa el derecho fundamental a la igualdad ” [48] .

Sin embargo, la Corporación avaló la interpretación señalada, estableciendo que “ solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma , para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100)” [49] .

Adicionalmente, adujo que “crear en cabeza del empleador una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida sería necesariamente inconstitucional por atentar contra el principio de seguridad jurídica, postulado básico de un Estado de Derecho” En otras palabras, el “ Tribunal Constitucional en sentencia C-506 de 2001 se pronunció sobre la constitucionalidad del parágrafo 1° literal “c” del artículo 33 de la ley 100 de 1993. Al abordar el estudio del asunto, la Corte indicó (i) que el derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado no existía con anterioridad a la ley 100 de 1993 [50] y; (ii) que solo con la consagración del sistema general de pensiones se creó para los empleadores particulares la obligación de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicio prestado, con el fin de ser trasladado posteriormente al ISS [51] ” [52] .

Lo propio ocurrió con la posibilidad de acumular en los bonos pensionales, el tiempo al servicio de empleadores que asumían el reconocimiento y pago de pensiones. Por eso, la Corte al estudiar la constitucionalidad del literal c) del artículo 115 de la ley 100 de 1993 extendió la exigencia de la relación laboral vigente a la entrada en vigor de la norma referida como condición para la sumatoria de tiempo [53] .

Así mismo, la Corte en sentencia C-1024 de 2004 reiteró su postura en la que consideró acorde a la Carta Fundamental, el numeral c del artículo 33 de la ley, por las siguientes razones:

“ en primer lugar, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, no gozaban de un derecho adquirido sobre dicha pensión, sino de una simple expectativa, hasta tanto se constatara el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos en las leyes vigentes (artículo 260 del Código del Trabajo y Ley 6 de 1945 y 65 de 1946).

En segundo término, y en estrecha relación con lo expuesto, porque de haberse aplicado la Ley de 1993 a los trabajadores con vínculos laborales no vigentes al momento de su entrada en vigencia, hubiese necesariamente implicado para los empleadores la imposición de una obligación retroactiva referente a una relación jurídica ya extinguida, contrariando el principio de seguridad jurídica, postulado básico del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1° y 58)” [54] .

Entonces, declaró que operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta Política) respecto de la sentencia C-506 de 2001, en consecuencia, señaló que no puede esta Corporación volver sobre la materia que ya fue objeto de decisión, motivo por el cual se ordenó estarse a lo resuelto en el referido fallo.

Las anteriores premisas fueron ratificadas por la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia, quien ha esbozado que " los trabajadores respecto a los que los empleadores tienen el deber de constituir títulos pensionales para habilitar el tiempo servido por el que no se efectuaron cotizaciones son aquellos cuya "vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley" como reza el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Y los empleadores a quienes la ley les atribuye tal obligación son aquellos que tienen o tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, como lo señala La ley 100 de 1993 en sus artículo 33, literal c), y 60 literal h), y los decretos reglamentarios, artículo 5 del Decreto 813 de 1994, el artículo 1 del Decreto 1887 de 1994" [55] .

Para finalizar, no desconoce la Sala la existencia en la jurisprudencia de la Corte, de una postura distinta a la sustentada en las premisas anteriores. Se trata de la asumida en la sentencia T-784 de 2010, en la cual se concedió la tutela y se ordenó el traslado de las mesadas no canceladas al ISS por empresas que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, cuando la relación laboral había terminado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. No obstante, esta Sala de Revisión no acogerá esta postura de otra de las salas de revisión, puesto que el precedente a seguir será el constituido por el Pleno de la Corporación al que se ha hecho referencia en este aparte de la sentencia [56] .

6. Alcance del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 , obligación del empleador de realizar aportes pensionales, o en su defecto, de reconocer la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia 6.1 De acuerdo con la versión original del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, expedido por el Decreto 2663 de 1950, los trabajadores despedidos sin justa causa después de 15 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de ese código, tienen derecho al reconocimiento por parte de su empleador de una pensión mensual vitalicia "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido en caso de reunir todos los requisitos para gozar de esta última." Según la citada norma, el trabajador tiene derecho a la pensión referida a partir de los cincuenta años, "pero su derecho a ella debe reclamarlo dentro del término de un (1) año contado a partir del despido." 6.2 En este sentido, el artículo 259 del mismo Código señala que la pensión anotada, entre otras prestaciones, dejará 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." 6.3 Al respecto, es preciso tener en cuenta que el seguro social obligatorio y el Instituto de Seguro Social fueron creados mediante la Ley 90 de 1946. De hecho, el artículo 67 de esa ley ya establecía el deber de los empleadores de realizar los aportes pensionales al Instituto, y descontar "a sus asalariados el monto de sus cuotas", pues de lo contrario debía asumir el riesgo no asegurado.

6.4 Por medio del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se hizo la primera modificación del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

(…) La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.” 6.5 En la sentencia C-664 de 1996, la Sala Plena de la Corte estudió por primera vez la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Luego de desestimar la demanda y con el objeto de demostrar la exequibilidad de la expresión “por contrato de trabajo” contenida en el parágrafo del artículo en cuestión, la Corte concluyó:

“En lo concerniente a la afiliación a los trabajadores al I.S.S., así como al incumplimiento del empleador para afiliar a estos al Sistema General de Pensiones, el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961 y por consiguiente la pensión sanción de que trata la misma norma quedaron derogados con arreglo a lo previsto en el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, lo cual conduciría a una inhibición para los efectos del examen constitucional del precepto acusado.

Empero, dado que la misma norma cuestionada versa sobre la consecuencia que se genera con ocasión del despido de un trabajador vinculado por contrato de trabajo, sin tener en cuenta la situación de afiliación o no al Seguro Social, resulta procedente el examen de fondo de la cuestión planteada, toda vez que el demandante pretende que dicha disposición se haga extensiva igualmente a todos los servidores públicos frente a la circunstancia del retiro ilegal o sin justa causa y sin que se tenga en cuenta su vinculación contractual o legal o reglamentaria con la administración pública en todos los niveles, lo cual amerita el análisis material de constitucionalidad.” (Negrilla fuera del texto original).

6.6 Posteriormente, mediante la sentencia C-891A de 2006, la Corte Constitucional estudió si la disposición citada era exequible, aunque no preveía mecanismos para la indexación de la primera mesada pensional. En criterio de la Corporación, dicho estudio se justificaba en que a pesar de que “el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 fue derogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y éste, a su vez, por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, aún producía efectos, pues existían varios casos de personas que fueron despedidas injustamente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que mediante un proceso laboral les fue reconocida la pensión sanción bajo la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ya que era la norma vigente al momento del despido” . Al respecto, la Corte explicó en relación con los efectos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, dada su derogación por la Ley 50 de 1990 y la Ley 100 de 1993, que:

“ En razón del ya comentado efecto inmediato de las normas de derecho laboral, sustentado en su carácter de orden público, en términos generales no cabe pensar que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 tenga efectos ultraactivos y, sin embargo, en atención a lo aducido por la actora, tampoco se puede desechar como hipótesis de imposible configuración que durante su vigencia se hayan producido despidos injustos susceptibles de generar una pensión a título de sanción contra el empleador (i), que los trabajadores beneficiados no hubieran podido disfrutarla al momento del despido, por no haber cumplido la edad legalmente exigida (ii) y que, cumpliendo esa edad después de la derogación del artículo parcialmente demandado (iii), la pensión todavía estuviera a cargo del antiguo empleador debido a que el efecto inmediato de las nuevas regulaciones impedía la afiliación al Seguro Social o al Sistema General de Pensiones de unos trabajadores que ya no tenían vínculo laboral vigente (iv).” En esa oportunidad, la Corte constató que la ausencia de mecanismos que permitieran indexar la pensión sanción constituía una omisión legislativa que era inconstitucional, por lo que resolvió declarar la exequibilidad de la disposición demandada, “bajo el entendimiento de que comprende la actualización constitucionalmente prevista y, en consecuencia, en todos aquellos casos en los cuales el derogado artículo 8º de la Ley 171 de 1961 todavía surta efectos, se deberá aplicar el mecanismo de actualización de la pensión sanción previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, el índice de precios al consumidor, respecto del salario base de la liquidación y de los recursos que en el futuro atenderán el pago de la referida pensión” .

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia ha prohijado el anterior planteamiento; al sostener que la aplicación actual del artículo 8º de norma en comento no es ultraactiva, porque la causación del derecho se produce bajo su vigencia, en el evento en que el trabajador es despedido sin que mediara una justa causa y prestó sus servicios durante 10 años o mas. Lo que ocurre, es que su exigibilidad se produce después de su

derogación, esto es, en el presente, al momento en que el empleado cumple con el requisito de la edad. De ahí que, " resulta entonces claro, en el caso de las pensiones especiales [como la sanción], que es la duración larga del contrato de trabajo, o sea la perseverancia en el servicio de la empresa y el despido injusto o el retiro voluntario lo que genera el derecho a la pensión restringida por jubilación. Quien cumple pues el tiempo mínimo de labores indispensable en cada evento pensional y es despedido ilegalmente o se retira de modo voluntario adquiere el derecho a recibir esta prestación, en la cuantía que para el respectivo caso establezca la ley. Cosa distinta es el comienzo de la exigibilidad de la pensión mensual que pide, conforme a la ley, que el jubilado llegue a cierta edad, que las normas laborales indican para cada clase de pensión. El derecho a la prestación social llamada pensión restringida por jubilación ingresa pues al patrimonio del trabajador cuando cumple al servicio de la empresa el tiempo mínimo requerido por la ley para pensionarse y es despedido sin justa causa o se retira voluntariamente, y si fallece antes de comenzar a recibir las mensualidades de la pensión, por deficiencia de la edad para poder cobrarlas, les trasmite ese derecho a sus causa-habientes señalados por la ley, quienes empiezan a devengarlas desde el momento en que su causante hubiese llegado a la edad indispensable para hacerlo (…) Nada distinto cabe entender cuando el artículo 8º, inciso 2º de la Ley 171 de 1961, prevé que quien se retire voluntariamente de una empresa obligada a jubilar a sus trabajadores y después de quince años de servicios tenga derecho a percibir la pensión al llegar a los sesenta años de edad. Si ya tiene los sesenta años en el momento del retiro voluntario, comienza a devengar de inmediato la pensión. Si no los ha cumplido todavía, adquiere el derecho a la prestación al retirarse; pero la obligación para la empresa para satisfacer las mensualidades pensionales queda en suspenso hasta que el titular del derecho llegue a la edad exigida por la ley para disfrutarla" [57] .

6.7 Ahora bien, el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 subrogó el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. En criterio de esta Corporación, los cambios introducidos por la Ley 50 de 1990 a la denominada "pensión sanción" creada por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, implicaron la transformación de su naturaleza jurídica, habida cuenta que "la filosofía indemnizatoria con la cual fue diseñada originalmente trasmutó a un sentido prestacional que tiene como finalidad proteger al trabajador en su ancianidad.

[58] " Así, el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 dispuso: "PENSION DESPUÉS DE DIEZ Y DE QUINCE AÑOS DE SERVICIO. En aquellos casos en los cuales el trabajador no esté afiliado al Instituto de Seguros Sociales, ya sea porque dicha entidad no haya asumido el riesgo de vejez, o por omisión del empleador, el trabajador que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

(…) En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación. Estas pensiones dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando la pensión de vejez sea asumida por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que se dicte el mismo instituto.

PARÁGRAFO 1o. En aquellos casos en que el trabajador esté afiliado al Instituto de Seguros sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le dá (sic) derecho a la pensión mínima de vejez, bien porque dicho Instituto no hubiera ampliado su cobertura en la zona respectiva o por omisión del empleador, desde el inicio o durante la relación laboral, el empleador pagará el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguros Sociales para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez.

(Negrilla fuera del texto original). Sobre el carácter prestacional, y no sancionatorio, de la pensión prevista en el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, en la sentencia T-371 de 2003 la Corte precisó:

“…es claro que la denominada pensión sanción representa una carga económica para el empleador que, sin importar las circunstancias en que se hace exigible, tiene como fin primordial cubrir el riesgo de vejez y, en consecuencia, la mora en su cancelación puede comprometer los derechos fundamentales del acreedor. De manera que es preciso recordar que el término “sanción” con el que se la ha denominado no indica que se trata de una indemnización pagadera por instalamentos, pues como ya se ha advertido por esta Corte la indemnización por despido sin justa causa y la pensión son beneficios distintos que no son excluyentes [59] , como sí lo son la pensión de vejez y la pensión por despido injusto o sanción.

[60] Sobre la naturaleza de la prestación sub examine la Corte Constitucional ha precisado que “[L]a pensión sanción prevista para los empleados no afiliados al régimen de seguridad es de carácter prestacional, no pudiendo entenderse, por ende, como un castigo impuesto al empleador.

Ello explica por qué el empleador tiene ante sí varias alternativas dispuestas por el ordenamiento y que, en líneas generales, consisten en continuar pagando las cotizaciones que falten para que el trabajador finalmente acceda a la pensión de vejez, no pagar esas cotizaciones respondiendo, entonces, por la cancelación de la pensión sanción durante la vida del trabajador o conmutar la pensión con el seguro social.” [61] En estas circunstancias, sin que sea necesario hacer un estudio detallado sobre la evolución legislativa en cuanto al régimen de la pensión reclamada -Ley 171 de 1961, Ley 50 de 1990 y Ley 100 de 1993-, es evidente que la prestación reconocida y adeudada al accionante en tutela tiene como objeto cubrir el riesgo de vejez y no de otra manera se explica que la obligación se hace exigible una vez el beneficiario cumpla con la edad determinada en la ley.” (Negrilla fuera del texto original).

6.8 Finalmente, el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo fue modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, el cual, de manera general, señala el derecho de todo trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que hubiere sido despedido sin justa causa después de haber laborado para el mismo empleador durante 10 años o más, y menos de quince 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de esa ley, a recibir de dicho empleador una pensión desde la fecha del despido, “si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

[62] ” 6.9. De otro lado, la jurisprudencia de casación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que al Instituto de Seguros Sociales no le fue otorgado la función de cubrir la contingencia de las pensiones restringidas como la pensión sanción. De allí que, “ en lo que respecta a la Ley 90 de 1946 y el Acuerdo 224 de 1966, igualmente ha sido uniforme la jurisprudencia en sostener que el Seguro Social no asumió la contingencia cubierta con la pensión sanción, pues se ha estimado por esta Corporación, de tiempo atrás, que el ISS únicamente subrogó a los empleadores en aquellas prestaciones encaminadas a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pero no en aquellas que protegen la estabilidad en el empleo o que constituyen una sanción a ciertos empleadores que frustran el derecho al trabajador de adquirir la pensión plena, mediante su despido injustificado, después de un tiempo de servicios apreciable ” [63] .

En esta lógica, la jurisprudencia de casación laboral durante las anteriores tres décadas ha concluido que existe una compartibilidad entre la pensión sanción y la de vejez, puesto que se trata de prestaciones que protegen diversas contingencias y se encuentra en cabeza de diferentes sujetos jurídicos, el empleador y el ISS respectivamente. Así se sostuvo en la sentencia del 17 de mayo de 2001 (Rad. 15671), que para el caso resulta pertinente:

“El tema de la denominada pensión sanción prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 ha sido materia de constante estudio por la Corte. Es así que uno de los aspectos relevantes del tema es el relacionado con la discusión suscitada en torno a la compatibilidad o no de este beneficio y la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales; punto sobre el cual unificó criterio la Sala Plena de Casación Laboral, cuando estaba integrada por dos secciones, en sentencia

del 22 de mayo de 1981, en la que se acogió la tesis de que la pensión sanción estaba a cargo exclusivo de las empresas porque el Instituto de Seguros Sociales no asumió dicha contingencia".

Cabe decir que, esta posición fue ratificada normativamente, toda vez que el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, admitió la compartibilidad de dicha pensión con la de vejez del ISS. Por ello, " precisa aclararse que la pensión sanción, tal como lo definió el Tribunal, se causó el 23 de julio de 1989, pero para esa fecha, ya regía el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que admitió la compartibilidad de dicha pensión con la de vejez del ISS, (…) se debía definir en los términos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, también imponen, a partir de su vigencia, (17 de octubre de 1985), la compartibilidad de la pensión sanción con la de vejez del ISS, tal como lo ha precisado esta Corporación, entre otras en sentencias de 22 de junio de 2007 y 8 de julio de 2008, Radicados 29709 y 33048, respectivamente".

Con base en lo anterior la Corte Suprema estableció que, " por haberse causado la pensión sanción con posterioridad al 17 de octubre de 1985, resulta compartible con la de vejez del ISS, en caso de que el actor reúna los requisitos exigidos por dicho instituto para su reconocimiento, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono " [64] .

6.10. De las disposiciones referidas, particularmente del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a juicio de la Corte [65] , es posible llegar a las siguientes conclusiones:

(1) La legislación colombiana en materia laboral se ha caracterizado por imponer al empleador la obligación de asegurar a los trabajadores contra el riesgo de vejez. En la actualidad, la obligación referida se traduce en el deber del empleador de afiliar al trabajador al Sistema General de Pensiones.

(2) A partir de la creación del ISS y antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el empleador tenía la obligación de efectuar la afiliación del trabajador a esa entidad, para efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, siempre que el instituto tuviera cobertura en el lugar en que se desarrolla la relación laboral.

(3) El artículo 8 de la Ley 171 de 1961 aún produce efectos, pues es posible que trabajadores despedidos sin justa causa bajo la vigencia de esa disposición, posteriormente hayan cumplido el requisito relativo a la edad y el riesgo de pensión no haya sido trasladado a alguna entidad de Seguridad Social [66] , en otras palabras su causación se produce al cumplir con el tiempo requerido de labores en la empresa y ser despedido sin justa causa .

En este sentido, en virtud de dicho artículo, el trabajador que sin justa causa sea despedido, después de haber laborado para la misma empresa o para sus sucursales durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la esa ley, tiene derecho a que la empresa reconozca a su favor una pensión indexada [67] . En estos casos, el derecho a reclamar el reconocimiento de la pensión sanción surge cuando el trabajador cumple 60 años de edad. Dicha pensión se mantiene para los trabajadores afiliados o no al régimen de seguridad social pertinente .

[68] (4) Desde el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, se admitió la compartibilidad de la pensión sanción con la de vejez reconocida por ISS, en caso de que se reúna los requisitos para ello. En este estado de cosas, si la primera se causa después de la entrada en vigencia del decreto referido, las dos pensiones podrán concurrir en el trabajador para suplir el riesgo de vejez, teniendo en cuenta quíen debe asumir el mayor valor a pagar, si el empleador o el instituto.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Sala procede a realizar el estudio del caso concreto. 7. Estudio del caso concreto.

7.1 En el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte se discute si la embajada del Reino de los Países Bajos vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de Guillermo Efraín Caicedo Jurado, al no efectuar los aportes pensionales correspondientes desde el 15 de febrero de 1980 hasta el 28 de febrero de 1990. Sin embargo, dada la complejidad de la presente causa la Sala estudiará previamente la procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la seguridad social, en contra de una embajada, que ostenta el fuero de inmunidad diplomática.

7.2 Observa la Sala que según las circunstancias fácticas del caso particular la demanda se dirige contra una embajada, entidad que en principio goza de inmunidades y privilegios, los cuales se encuentran supeditados a que, efectivamente, propendan por la defensa de la independencia, igualdad y soberanía del organismo de derecho internacional de que se trate. En efecto, como se señaló en la parte motiva de esta providencia ningún organismo internacional o Estado ostenta una inmunidad absoluta (Supra 3.1.1), de modo que estos fueros, únicamente aplican para garantizar su independencia frente al Estado Colombiano, pero no para vulnerar derechos de los ciudadanos. Con ello, se faculta a las autoridades colombianas para salvaguardar los derechos de los nacionales, siempre que no obstaculicen el desempeño eficaz de las funciones de los organismos de derecho internacional huéspedes en Colombia.

En este sentido, uno de los eventos en los que se activa el principio de inmunidad restringida, es en la vulneración de derechos laborales, tal como evoca el caso del señor Caicedo, puesto que con la acción de tutela pretende defender sus derechos al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social, comoquiera que prestó sus servicios a la misión diplomática del Reino de los Países Bajos. Vale decir que, tanto el accionante como la demandada reconocieron la existencia del contrato de trabajo entre la embajada referida y el señor Guillermo Caicedo, por lo que no se presenta duda alguna de la relación laboral, de la que se derivan las obligaciones de la seguridad social.

7.3. En segundo lugar, en las consideraciones generales de esta sentencia, este Tribunal concluyó que el derecho a la seguridad social es un verdadero derecho fundamental, cuya protección se puede hacer efectiva por vía de tutela cuando adquiere los rasgos de un derecho subjetivo y la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles. Por ende, se descenderá al caso concreto para estudiar las reglas de procedibilidad de la acción de tutela en materia del derecho de seguridad planteadas en esta sentencia (Supra 4).

7.3.1. Resulta evidente que el señor Guillermo Efraín Caicedo Jurado se ha dirigido en varias ocasiones a las oficinas de la accionada con el fin de que le sea liquidado los aportes de pensiones que no fueron pagados por la embajada al momento de la terminación del convenio Colombo – Holandés en la región de Urabá Antioquia (Fls. 15, 17 y 18 Cuaderno 2). Estas peticiones fueron negadas por la demandada bajo el argumento que en la época del convenio, el ISS no tenía cobertura en Urabá, de tal forma que no existía la posibilidad u obligación de la afiliación a la Institución (Fls. 16 Cuaderno 2). Incluso, el petente presentó solicitudes al Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste requiriera a la misión diplomática del Reino de los Países bajos el desembolso de los aportes de pensiones no cancelados (Fls. 19 Cuaderno 2). Adicionalmente, elevó derecho de petición ante el Instituto de Seguros Sociales con el propósito de que se realizaran los cálculos actuariales para la expedición del Bono Pensional del tutelante correspondiente a los periodos laborados con la embajada que no fueron pagados (Fls. 22 -25 Cuaderno 2).

7.3.2 Ahora bien, siguiendo las reglas jurisprudenciales planteadas por esta Corte en la parte motiva de la presente providencia, la naturaleza de la acción de tutela exige que su procedibilidad esté supeditada, de contarse con un medio preferente efectivo para la defensa judicial, al virtual acaecimiento de un perjuicio de tal certeza, inminencia y gravedad que demande la intervención del juez de tutela o cuando el recurso ordinario carezca de eficacia e idoneidad (Supra 4.4).

Precisamente, lo que ocurre en estos eventos es una orden de precedencia de los derechos fundamentales sobre el principio de subsidiaridad de la acción de amparo.

7.3.3. En este sentido, de acuerdo con los hechos y pruebas que fundamentan la presente acción de tutela, el medio judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral con el que cuenta el tutelante no es idóneo ni eficaz, a pesar de que es un proceso de única instancia ante la Corte Suprema de Justicia [69] , porque en razón de la edad del señor Caicedo, no se evitaría la configuración del perjuicio irremediable. Además, actualmente se esta presentando la afectación a los derechos al mínimo vital y la vida digna del señor Caicedo (Supra. 4.5), derivado de los nulos ingresos para la satisfacción de sus necesidades y de la imposibilidad de cubrir su riesgo de vejez con la pensión no reconocida por el ISS (Fls. 1-11 Cuaderno 2).

De hecho, el señor Guillermo Efraín Caicedo Jurado hace parte del grupo etario de la tercera edad, dado que tiene 69 años de edad [70] (Fls. 12 Cuaderno 2), motivo por el cual, la acción de amparo se erige como el mecanismo idóneo para conseguir la protección transitoria de los derechos fundamentales invocados por el accionante, puesto que no es acorde a la dignidad humana someter a una persona de tal madurez a la espera de un fallo mientras sus derechos fundamentales se están vulnerando. Por consiguiente, se requiere la adopción de una pronta decisión judicial, debido a que el petente tiene una condición de debilidad que le impide conseguir los medios para su subsistencia. Lo anterior, se ve fortalecido en la presunción de incapacidad económica que recae en quienes, superada la edad para recibir la pensión, no han sido inscritos en nómina de pensionados, dado que se considera que no cuentan con ingresos para su subsistencia en condiciones materialmente dignas, tal como acontece en el caso del señor Caicedo.

Recalca la Sala que la tutela se torna en el dispositivo de mayor efectividad para la protección de los derechos fundamentales afectados del accionante, pues en relación con las personas de la tercera edad a quienes se ha reconocido una especie de estatus por hallarse en estado de debilidad manifiesta, el amparo se erige como la forma más adecuada para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, de modo que en el caso concreto el principio de subsidiaridad cede ante la prevalencia y respeto de los derechos fundamentales vulnerados.

A pesar de esto, el juez ordinario es quien define en su totalidad los elementos de la pensión sanción, sobre los que es necesario contar con un mayor conocimiento del que carece la Sala en este momento. Por lo tanto, derivado de las evidentes características de las pensiones restringidas al decretarlas y al calcularlas, se excede a la competencia de la Corte determinar la mencionada prestación, de tal manera que de concederse el amparo, este procederá de forma transitoria.

7.3.4. Así, en tercer orden conforme al precedente constitucional, la Sala debe analizar el caso sub-judice según las circunstancias del señor Guillermo Caicedo, que el asunto implica una controversia de relevancia constitucional; comoquiera que, estamos en presencia de un caso que presenta una vulneración al principio de justicia material, en el que una persona de avanzada edad, se le están afectando sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas. (Supra 4.5 y 4.5.1).

7.3.5. Seguidamente, entrando a la cuarta excepción al principio de subsidiariedad de la acción tutela en materia de reconocimiento de pensiones, corresponde a la Corte determinar si la pretensión del actor es viable, propósito que requiere la verificación de las condiciones para el traslado de las semanas no canceladas por la embajada durante la relación laboral entre esta y el petente. Con base en la jurisprudencia de la Corte, la Sala reitera que, no existe obligación para el empleador de trasladar los aportes no pagados al ISS de las semanas configuradas antes de la ley 100 de 1993, sino se encuentra vigente el contrato de trabajo a la entrada en vigor de la misma. Lo que fue precisado por jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación (Supra 5).

7.3.6. No obstante, a pesar de la imposibilidad jurídica de ordenar los traslados de las semanas causadas antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, la Sala debe estudiar todas las circunstancias fácticas puestas a su disposición con el propósito de determinar si se presentó vulneración alguna a los derechos del señor Caicedo.

Facultad que tiene esta Corte gracias a que la constitución le atribuyó al juez de tutela la función de defender real y efectivamente los derechos fundamentales. De ahí que, el funcionario jurisdiccional puede fallar ultra y extrapetita los asuntos sometidos a su competencia, siempre que se establezca la infracción a los derechos del tutelante [71] .Precisamente, el juez de amparo tiene la potestad de ir más allá de lo alegado por las partes, con el fin de identificar los derechos vulnerados, así como de pronunciarse sobre los aspectos que no hayan sido expuestos en la demanda, pero que requieren una decisión porque vulneran o imposibilitan la efectividad de los derechos que el actor pretende proteger [72] .

En esta lógica, el caso sub-judice ejemplifica un déficit de justicia material que obliga a la Sala a examinar la posibilidad de proteger los derechos fundamentales del señor Guillermo Caicedo concediendo transitoriamente la pensión sanción, que si bien no fue alegada en la demanda, tiene los presupuestos de salvaguardar las garantías constitucionales del accionante. Así, la norma controlante en la causa del tutelante, que establece la condiciones para el reconocimiento de su pensión restringida, estarían dados en el artículo 8º de la ley 171 de 1961, puesto que al momento del despido del señor Caicedo no se encontraban vigentes las leyes 50 de 1990 y 100 de 1993. Debe recordarse que, el mencionado artículo 8º continua produciendo efectos, en la medida que la causación del derecho se produjo dentro de la vigencia de la ley 171 de 1961, pero su exigibilidad surge posteriormente a la derogatoria de la norma en comento (Supra 6.6 y 610). Por eso, su aplicación no es resultado de la ultraactividad, sino del cumplimiento de los efectos de un derecho adquirido en la vigencia de dicha ley.

De esta forma, debe procederse al análisis de los requisitos de esta clase de pensión restringida, consistente en (Supra 6.4): i) el tiempo de servicio al empleador entre 10 años y 15 años;

ii) dentro de este interregno el trabajador debe ser despido sin justa causa; y iii) el empleado debe tener 60 años para exigir el pago de la pensión sanción.

Según las pruebas obrantes en el plenario se puede concluir que: i) el Señor Guillermo Caicedo prestó sus servicios a la embajada del Reino de los Países Bajos durante 10 años y 13 días, a pesar de que la demandada alegue que la relación laboral concluyó el 31 de diciembre de 1989. El tutelante afirmó que pese a que el convenio terminó formalmente en 1989, continuó desarrollando labores tendientes al cumplimiento del mismo, hasta el 28 de febrero de 1990, de modo que materialmente solo hasta esta fecha culminó el contrato de trabajo. Lo anterior, fue confirmado por los testimonios extrajudiciales de los señores Víctor Eliécer Bula Gutiérrez, Darío de Jesús Pineda Londoño y Luis Carlos Quintero Ortiz quienes manifestaron uniformemente que el petente laboró con la misión diplomática hasta finales de febrero de 1990 (Fls 28 – 31 y 35 Cuaderno 2). Incluso, la demandada no controvirtió ni se pronunció sobre el hecho relativo a las labores realizadas por el señor Caicedo dentro de los primeros meses de 1990. Solo se concentró en expresar que el convenio formalmente fue liquidado el 31 de diciembre de 1989.

Por consiguiente, en virtud del principio de favorabilidad y de primacía de la realidad sobre las formas, para la Sala es claro que el señor Guillermo Caicedo prestó sus servicios a la misión diplomática del Reino de los Países Bajos hasta el 28 de febrero de 1990, toda vez que a pesar que formalmente el contrato se terminó en diciembre de 1989, el accionante continuó realizando labores que beneficiaron a la demandada y que tenían como causa el señalado convenio.

Así mismo, ii) la embajada del Reino de los Países Bajos en la contestación de la acción de tutela reconoció que despidió al señor Guillermo Efraín Caicedo Jurado sin que mediara una justa causa, por lo que en su debido momento efectuó los pagos correspondientes a “ la indemnización legal por terminación del contrato de trabajo sin justa causa” (Fl.

9 Cuaderno 3). Con relación al requisito de la edad, iii) el petente tiene 69 años, de tal manera que cumplió con la condición que sobre el particular establece el artículo 8º de la ley 171 de 1961, en el año de 2002 (Fl. 12 Cuaderno 2).

Por lo tanto, el accionante adquirió el derecho de la pensión sanción, al ser despedido sin justa causa en febrero de 1990 cuando llevaba 10 años y 13 días laborando para la embajada del Reino de los Países Bajos. Aunque, esta pensión restringida solo fue exigible desde el año 2002, ya que en esta anualidad cumplió los 60 años de edad, que fungen como requisito para exigir al empleador el pago de la prestación enunciada.

Ahora bien, como lo desarrolló esta providencia la pensión sanción es compartible con la de vejez que eventualmente llegare a reconocer el ISS. La coexistencia de las prestaciones enunciadas se puede presentar con independencia de si la persona implicada se encuentra afiliada o no al Instituto de Seguros Sociales (Supra 6.9 y 6.10).

Así las cosas, de las circunstancias fácticas se infiere que, la pensión sanción se causó el 28 de febrero de 1990, fecha en la que ya regía el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que admitió la compartibilidad de dicha pensión con la de vejez del ISS. En esas condiciones, desde 28 de febrero de 2002 tiene el carácter de compartida con la de vejez que le llegare a reconocer el ISS, en caso de que reúna los requisitos para ello " siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono ".

7.4. En síntesis, en la presente ocasión la Corte revocará la decisión de negar el amparo solicitado por el señor Guillermo Efraín Caicedo Jurado, expedida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En su lugar se concederá la tutela, como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida, y la seguridad social , decisión que regirá hasta que la jurisdicción ordinaria resuelva la acción que el petente debe formular o, si no la instaura, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia (art. 8° D. 2591 de 1991).

En consecuencia se ordenará a la embajada del Reino los Países Bajos, que realice los pagos correspondientes a esta prestación dentro del tiempo señalado anteriormente.

Para ello, se le ordenará al ISS que realice los cálculos de la pensión sanción a que tiene derecho el demandante teniendo como fundamento jurídico el artículo 8º de la ley 171 de 1961. Así mismo, se le requerirá al ISS para que determine si en el caso del señor Caicedo se presenta la compartibilidad de la pensión sanción y la de vejez asumida por el ISS de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2879 de 1985.

La Sala recalca que, el ISS en la elaboración de estos cálculos a partir de los cuales se determinará el monto de las mesadas pensionales que deberán ser pagadas transitoriamente al petente, tiene la obligación de respetar el derecho al mínimo vital y móvil del señor Caicedo; entre este se incluye la indexación de los salarios devengados a la terminación del contrato y del monto de la pensión sanción. Además, se tendrá que respetar la prohibición de que ninguna pensión será inferior al salario mínimo legal vigente.

IV. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política, RESUELVE :

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2011 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia , en el trámite de la acción de tutela promovida por el señor Guillermo Efraín Caicedo Jurado en contra de la Embajada del Reino de los Países Bajos y el Instituto de Seguro Sociales, y en su lugar, CONCEDER e l amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, como mecanismo transitorio que regirá hasta que la jurisdicción ordinaria resuelva la acción que el actor debe formular o, si no la instaura, hasta que transcurran cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia.

Segundo.- ORDENAR al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto Seguro Social, Dirección Nacional, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice los cálculos de

la pensión sanción a que tiene derecho el demandante que debe ser pagada por la embajada del Reino de los Países Bajos, teniendo como base el articulo 8º de la ley 171 de 1961.

Para ello, en el menor tiempo posible debe enviar a la referida misión diplomática el estimativo realizado. Así mismo, debe determinar si se presenta en el caso del señor Caicedo la compartibilidad de la pensión sanción y la de vejez asumida por el ISS de acuerdo al artículo 6º del Decreto 2879 de 1985.

Tercero.- ORDENAR , a la Embajada del Reino de los Países Bajos que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la recepción del cálculo realizado por Instituto de Seguros Sociales, pague las sumas de dinero correspondientes a la pensión sanción reconocida transitoriamente al señor Guillermo Caicedo.

DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrado Con salvamento de voto MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARÍA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA T-814/11 DERECHO AL MINIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL- Se debió tutelar en forma definitiva para autorizar cómputo de las semanas que el actor laboró en la Embajada, previo cálculo actuarial de la reserva que debería haber transferido la Embajada al ISS para el reconocimiento de la pensión de vejez (Salvamento de voto) Referencia: expediente T-3141056 Acción de tutela instaurada por Guillermo Efraín Caicedo Jurado contra la Embajada del Reino de los Países Bajos ante Colombia y el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito hacer explícitas las razones por las cuales decidí salvar el voto, en el proceso de tutela de la referencia. El argumento central sobre el que se construye mi opinión disidente es que, aunque la ponencia acogida por la mayoría ampara los derechos al mínimo vital y la seguridad social del actor, lo hace de manera transitoria y concediéndole un derecho pensional de menor entidad a la pensión de vejez a la que pretendía acceder mediante el traslado de aportes (o del cálculo actuarial correspondiente) de la Embajada del Reino de Países Bajos al Instituto de Seguros Sociales (ISS).

De acuerdo con los antecedentes del caso, el señor Guillermo Efraín Caicedo Jurado, actualmente de 69 años de edad, prestó servicios a la Embajada del Reino de Países Bajos en Colombia durante 10 años (del 15 de febrero de 1980 al 28 de febrero de 1990) y, al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante el ISS, el instituto le negó la prestación, indicándole que la Embajada lo afilió en el año 1989 y sólo efectuó aportes por unos meses de ese año, de manera que no contaba con los requisitos para acceder a la prestación. Al poner esa situación en conocimiento de la Embajada demandada, ésta le informó al actor que no efectuó los aportes porque durante el período en que se mantuvo la relación laboral no existía ese deber en la Ley laboral, y le indicó que tampoco tenía derecho a la pensión dentro del régimen patronal porque contaba con “poco menos” de diez años de servicio.

1. En la sentencia T-814 de 2011, se concede el amparo al mínimo vital y la seguridad social del actor, ordenando el reconocimiento de la pensión sanción como mecanismo transitorio de protección.

En concepto de la mayoría, la solicitud de ordenar a la Embajada el traslado o pago de los aportes efectuados durante la vigencia de la relación laboral es improcedente porque así lo establece el precedente contenido en la sentencia C-506 de 2001, pese a que otras salas de revisión hayan considerado que la obligación de establecer reservas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, sí existía para los empleadores encargados del reconocimiento y pago de las pensiones antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en el proyecto se analiza si el actor tiene derecho a alguna otra prestación y por esa vía, se concluye que debe reconocérsele la prestación prevista el artículo 8º de la Ley 171 de

1996, otorgando así un amparo transitorio a sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social en pensiones.

En ese sentido, de acuerdo con el fallo del cual me aparto, antes de 1993 se presentaba en Colombia "la penosa situación" de que una persona no podía acumular los tiempos servidos bajo subordinación a favor de distintos empleadores con el fin de adquirir un derecho a la pensión, de manera que esas personas, actualmente, sólo tienen derecho a contar ese tiempo de servicios si cumplen lo establecido en el artículo 33, parágrafo 1°, literal c) de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual pueden contar "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 se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" .

2. Estimo que este caso no debe enmarcarse en el supuesto de hecho del artículo 33, parágrafo 1°, literal c) de la Ley 100, y por lo tanto no se encuentra cobijado por lo expresado en sentencia C-506 de 2001. Se trata de un caso diverso en el que el tutelante sí tiene derecho al cómputo de las semanas que trabajó para la Embajada.

En tal sentido, el artículo 33, parágrafo 1°, literal c) de la Ley 100 de 1993 prevé que lo allí dispuesto debe aplicarse a los casos en los que se reúnan tres condiciones: (i) que la persona haya trabajado para un empleador privado, (ii) que su contrato no estuviera vigente a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, (iii) y que se compruebe que ese empleador tenía "a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión" .

La disposición se refiere entonces a un grupo de casos que tienen algunas de las propiedades del asunto resuelto por este proyecto: en esta ocasión el accionante trabajó para una embajada, y lo hizo hasta antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, elementos que no resultan suficientes para aplicar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Porque además, cuando terminó la relación laboral entre el demandante y la Embajada, esta última no tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, sino que era el ISS quien tenía a su cargo esa obligación.

Por ello, no existiendo el obstáculo que supone lo expresado en la sentencia C-506 de 2001 para el caso en que las empresas mantenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, debió aplicarse la interpretación consignada en las sentencias T-784 de 2010 y T-712 de 2011 sobre la obligación de las entidades de crear reservas monetarias para asegurar los riesgos de vejez, invalidez y muerte, mientras el Instituto de Seguros Sociales entraba en funcionamiento y asumía las obligaciones pensionales de las empresas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 72 de la Ley 90 de 1946.

Con base en esa orientación, ha debido adoptarse una orden definitiva, en el sentido de autorizar el cómputo de las semanas que el actor laboró en la embajada, previo el cálculo actuarial de la reserva que debería haber transferido la Embajada al ISS para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Fecha ut supra, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada [1] Sobre el particular se pueden consultar las sentencias de tutela T-932 de 2010, T-628 de 2010, T-633 de 2009, T-1029 de 2005, T-917 de 2005 y T-833 de 2005; y las sentencias de constitucionalidad C-1156 de 2008, C-276 de 2006, C-038 de 2006, C-863 de 2004, C-315 de 2004, C-578 de 2002, C-287 de 2002, C-442 de 1996, C-137 de 1996 y C-563 de 1992.

[2] Sentencia C-137 de 1996. [3] Sentencia C-932 de 2010 [4] Sentencia C-442 de 1996. [5] Al respecto, véanse las sentencias C-1156 de 2008, C-863 de 2004, C-315 de 2004, C-287 de 2002, C-442 de 1996 y C-137 de 1996.

[6] Sentencia C-137 de 1996. [7] Ibídem. [8] Ibídem. [9] La reiteración de jurisprudencia se hará con base en esta sentencia, dado que la Sala Novena de Revisión estudió la línea jurisprudencial que ha abordado el principio de inmunidad restringida en el ámbito laboral. Sobre el tema de la inmunidad restringida en materia laboral, también se puede consultar la sentencia T-633 de 2009. En esa oportunidad, la Corte Constitucional afirmó que la Corte Suprema de

Justicia sí es competente para conocer de las demandas laborales interpuestas por nacionales colombianos contra agentes diplomáticos que actúan a título personal o en representación de un Estado acreditante para los fines de la misión, por la terminación unilateral y sin justa causa de un contrato de trabajo. En consecuencia, según lo dicho por la Corte, la acción de tutela es procedente para obtener la protección del derecho fundamental al debido proceso, cuando so pretexto del principio de inmunidad de jurisdicción, una misión diplomática o un organismo internacional controvierte injustificadamente una decisión judicial mediante la cual se le ordena pagar a favor del trabajador una indemnización por despido sin justa causa. Lo anterior fue igualmente retirado en la sentencia T-667 de 2011 [10] De forma similar, en la sentencia T-628 de 2010, la Corte Constitucional afirmó que frente a los casos en que la vinculación de los nacionales se realice mediante la suscripción de un contrato de prestación de servicios, el organismo internacional contratante tiene el deber jurídico de verificar la afiliación al sistema de seguridad social en salud del contratista, para pagar los honorarios propios de la ejecución del contrato.

[11] Sentencias T-933 de 2010, T-642 de 2010, T-653 de 2009, T-651 de 2009, T-457 de 2009 y T-414 de 2009, entre muchas otras. [12] Cfr. artículo 48 de la Constitución Política, y artículos 3 y 4 de la Ley 100 de 1993.

[13] Cfr. artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”;

artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona; y Observación General No. 19 sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

[14] Cfr. artículo 48 de la Constitución Política, y sentencia C-436 de 2008. [15] Sobre el principio de subsidiariedad, véase la sentencia T-297 de 2009.

[16] Se pueden consultar las sentencias T-015 de 2009, T-413 de 2008, T-184 de 2007, T-685 de 2006, T-973 de 2005, y T-425 de 2004. [17] Sentencias T-184 de 2007, T-848 de 2006, T-990 de 2005, T-917 de 2005 y T-627 de 2005 .

[18] S entencias T-414 de 2009, T-457 de 2009, T-730 de 2008, T-610 de 2008 y T-249 de 2006. [19] Se pueden consultar las sentencias T-090 de 2009 y T-621 de 2006.

[20] Véanse las sentencias T-174 de 2008, T-567 de 2007, T-529 de 2007, T-251 de 2007, T-857 de 2004, T-651 de 2004, T-169 de 2003 y T-631 de 2002.

[21] Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000. [22] Sentencia T-007 de 2009. [23] Sentencia T-658 de 2008. Igualmente, véanse, entre otras, las sentencias T-217 de 2009, T-1030 de 2008, T-826 de 2008, T-108 de 2007.

[24] En la sentencia T-335 de 2000, la Corte destacó: “[L]a 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.” [25] Al respecto, en la sentencia T-923 de 2008, se precisó:

“ No sobra aclarar que la condición de persona de la tercera edad no es, por sí sola, razón suficiente para definir la procedencia de la acción de tutela (Sentencia T-463 de 2003).” [26] Al respecto, en la sentencia T-1206 de 2005, la Corte señaló:

“(…) en algunos casos las personas que no han recibido el pago de sus prestaciones formulan una negación indefinida en el sentido de no contar con recursos diferentes a la prestación económica adeudada para su subsistencia.

Ante esta situación, la Corte ha indicado que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo en este caso a la entidad demandada demostrar lo contrario –Art. 177 C.P.C.- pues de no hacerlo, se entenderá que el hecho al que se refiere la negación se encuentra plenamente probado".

En igual sentido, se pueden consultar las sentencias T-614 de 2007 y T-124 de 2007. [27] Sobre el particular, en la sentencia T-730 de 2008, la Corte afirmó:

"[La] posibilidad de intervención [del juez de tutela] adquiere particular importancia en aquellas hipótesis en las cuales de conformidad con el mandato contenido en el artículo 13 superior, se requiera la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva, en especial cuando la protección se torne imperiosa en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta de sujetos tradicionalmente discriminados o marginados en razón de su condición económica, física o mental." [28] Cfr.

Observación General No. 19 del CDESC: "De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano." [29] Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-524 de 2008 y T-920 de 2006.

[30] Sentencia T-016 de 2007. [31] Véanse, por ejemplo, las sentencias T-997 de 2007, T-621 de 2006, T-169 de 2003, T-631 de 2002 y T-800 de 1999. Así, en la sentencia T-090 de 2009, este Tribunal concluyó:

"La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones (Sentencias T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004) , que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social." [32] Véanse las sentencias T-019 de 2009, T-099 de 2009, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-702 de 2008, T-052 de 2008, T-597 de 2007, T-169 de 2003 y T-571 de 2002.

[33] Sobre este aspecto se puede consultar las sentencias T-567 de 2007, T-529 de 2007 y T-432 de 2005. [34] Sentencia T-044 de 2011. [35] Sentencias SU-544 de 2001 y T- 044 de 2011.

[36] Ibíd. [37] Sentencias T-225 de 1993 y T-765 de 2010. [38] Sentencia T-293 de 2011. [39] Ibídem. [40] Sentencia T-293 de 2011. [41] Sentencia T-414 de 2009 y T-642 de 2010.

[42] Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07, T-229-06, T-090 de 2009 y T-642 de 2010. [43] Sentencia C-177 de 1998 [44] Ibídem. [45] Cfr. Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

[46] Sentencia C-177 de 1998 [47] Sentencia C-506 de 2001. [48] Ibídem. [49] Ibídem. [50] Al respecto la sentencia C-506 de 2001 señala: "El derecho a acumular tiempos servidos en el sector privado, para efecto de la pensión de vejez, no existía previamente y como tal solo surge con la ley 100 de 1993. Con anterioridad a dicha ley los trabajadores privados no podían exigir el pago de una pensión por los tiempos servidos a entidades privadas que tuviesen a cargo el reconocimiento y pago de pensiones, si no cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa respectiva. Como corolario de lo anterior, si los trabajadores privados no alcanzaban a cumplir de manera completa tales requisitos, no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión".

[51] La anotada sentencia puntualiza: “Ahora bien, solo con la Ley 100 de 1993, es que se establece una nueva obligación para los empleadores del sector privado a cuyo cargo se encontraba el reconocimiento y pago de la pensión, cual es la de aprovisionar hacia el futuro el valor de los cálculos actuariales en la suma correspondiente al tiempo de servicios del trabajador con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley, o que se inició con posterioridad a la misma , para efectos de su posterior transferencia, en caso del traslado del trabajador, a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la Ley 100)” (subrayado añadido) .

[52] Salvamento de Voto M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-784 de 2010 [53] Op.cit. Sentencia C-506 de 2001. [54] Sentencia C-1024 de 2004.

[55] Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de Marzo de 2010. Radicación N° 36268 . [56] La anterior postura fue establecida en el salvamento de voto de la sentencia T-784 de 2010, en los siguientes términos:

La tesis de la mayoría tiene la fortaleza de ofrecer una solución adecuada en términos de justicia material al asunto, en cuanto en mi criterio, no parece equitativo privar a este grupo de trabajadores de la posibilidad de acumular, para efectos pensionales, el tiempo laborado para un empleador particular que tenía a su cargo el riesgo pensiones con anterioridad a la ley 100 de 1993, y cuyo contrato de trabajo ya había expirado al momento de entrar en vigor el sistema general de pensiones. Empero, la sentencia no enfrenta los desafíos que se derivan del contenido normativo del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y la jurisprudencia trazada en la sentencia C-506 de 2001 que a mi juicio, resultan ineludibles. Estas observaciones fueron puestas en consideración de la Sala, sin embargo otra apreciación tuvo la mayoría, y por esa razón, dejo formulado mi salvamento de voto en los términos indicados.

[57] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 22 de agosto de 2007. Radicación No. 29002.; en el mismo sentido las sentencias del 23 de noviembre de 2006, Radicación No 29003 y del 28 de julio de 2009, Radicación No. 35476 .

[58] Sentencia T-580 de 2009. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que en la sentencia C-891A de 2006, la Corte explicó: “[c]omo lo precisó la H. Corte Suprema de Justicia “hasta la expedición de la Ley 50 de 1990 ningún precepto con fuerza de ley derogó de manera expresa la pensión por despido consagrada en la Ley 171 de 1961, toda vez que los que hicieron alguna referencia a ella fueron reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, aprobados mediante decretos por el gobierno nacional, muchas veces imprecisos, y por su carácter subalterno carecían del poder de desquiciar totalmente la normatividad legal mencionada”. || El artículo 37 de la Ley 50 de 1990 derogó el 8º de la Ley 171 de 1961 y, con algunos requisitos que no viene al caso mencionar, estableció una pensión que estaría a cargo del empleador siempre y cuando el trabajador despedido sin justa causa no estuviera afiliado al Instituto de Seguros Sociales, por no haber asumido dicha entidad el riesgo de vejez o debido a la omisión del empleador, así que los despidos efectuados después de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 “por un empleador que a través de la relación laboral cumplió con sus obligaciones de afiliación oportuna y cotizaciones al sistema de seguridad social, debidamente acreditadas en juicio”, no quedaban afectados con la posibilidad de la pensión sanción que se mantuvo “para los trabajadores no afiliados al régimen de seguridad social pertinente” . || (…) De una simple comparación de las regulaciones se desprende que aún cuando la pensión cuyo origen se remonta a la Ley 171 de 1961 ha sido mantenida, su propósito ha variado al compás de las distintas leyes que se han ocupado de ella, pues bajo el imperio de la referida Ley 171 su finalidad era “disuadir a los empleadores que desearan despedir sin justa causa a trabajadores con antigüedad de servicio superior a los diez años -y que no alcanzaran los 20-, asegurándoles una pensión proporcional que reemplazara en parte la jubilación plena frustrada por el despido abusivo”, mientras que, a partir de la Ley 50 de 1990, el fundamento de la pensión restringida “ha estado sustentado, antes que en una sanción al despido injusto -que posee otros mecanismos de reparación-, en la imperiosa necesidad de resarcir el perjuicio que sufre un trabajador ocasionado por esa desvinculación

que definitivamente lo priva de la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación o de vejez según el caso", dada la falta de afiliación al Instituto de Seguros Sociales en el caso de la Ley 50 o al Sistema General de Pensiones, tratándose de la Ley 100 de 1993." En igual sentido, se puede consultar la sentencia C-372 de 1998.

[59] Sentencia C-594 de 1997. [60] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de mayo de 1995 Rad. 7245. [61] Sentencia T-372 de 1998. [62] El citado artículo agrega:

"[s] i el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. || La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con presentación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE. || PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.|| PARÁGRAFO 2o. Las pensiones de que trata el siguiente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.|| PARÁGRAFO 3o. A partir del 1. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios." [63] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral .

Sentencia del 22 de junio de 2007 . Radicación No. 29709. [64] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de Julio de 2009.Radicación No. 35476.

[65] Entre otras, se pueden consultar las sentencias T-384 de 2011, T-580 de 2009, T-1169 de 2003 y T-371 de 2003. [66] En preciso anotar que en la sentencia C-891A de 2006, la Sala Plena explicó:

"el caso es importante para demostrar la producción de efectos por el derogado artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y, de acuerdo con los datos reseñados, esos efectos consisten en que hay empleadores que todavía pagan pensiones restringidas y trabajadores que aún las reciben con fundamento en la Ley 171 de 1961, pues su vínculo laboral no estaba vigente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 y debido a eso no se produjo el traslado de la pensión a alguna entidad de Seguridad Social. || Fuera de lo anterior, se debe reparar en la posible existencia de trabajadores injustamente despedidos durante la vigencia del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que, en la actualidad, todavía no disfruten de la pensión sanción ordenada a su favor, por no haber cumplido la edad requerida o que adelanten procesos en los cuales se debata la posibilidad de indexar la pensión ordenada y cuya duración es larga, pues, en algunos eventos, esos procesos llegan hasta la casación." [67] Cfr.

Sentencia C-891A de 2006. [68] S ala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 7 de febrero de 1996, para el caso de la no afiliación; y en los eventos de afiliación al ISS, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 22 de agosto de 2007. Radicación No. 29002. MP: Gustavo José Gnecco Mendoza; en el mismo sentido las sentencias del 23 de noviembre de 2006, Radicación No 29003 y del 28 de julio de 2009, Radicación No. 35476, M.P: Elsy Del Pilar Cuello Calderón.

[69] Este procedimiento no tiene una consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que solo hasta 2007 la Corte Suprema Sala Laboral reconoció la posibilidad de entablar demandas contra misiones diplomáticas en materia, a pesar de su inmunidad internacional. De esta manera, el procedimiento que deberán seguir los procesos contenciosos de tal naturaleza, tiene su fuente en el auto del trece de diciembre de 2007 Rad. No 32096, en el que la

Corte con base en normas legales y constitucionales determinó la competencia y el tramite de la siguiente forma: i Competencia:

para el conocimiento de la acción, es pertinente recordar " la remisión a esta Corte que hace la Constitución Política en su artículo 235, resuelve cualquier duda: Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (…) 5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional.

Es incuestionable que cuando el ordenamiento superior, impone el conocimiento a esta Corporación, como textualmente lo prevé la disposición en comento, debe entenderse que dentro de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados en nuestro país, ya comparezcan por si o por representación del Estado, están incluidos los contratos bilaterales de orden laboral que celebran con habitantes nacionales, para la ejecución de sus fines en el Estado receptor; de tal manera, entonces, que esta Corte, por regulación expresa constitucional, está en la obligación de admitir la demanda presentada por la señora ADELAIDA GARCÍA DE BORRISOW y darle el curso correspondiente; además, porque al hacerlo se armoniza la decisión con la costumbre internacional ;

II) En el tramite: la Corte Suprema, " como órgano límite, deberá surtirse el procedimiento ordinario de única instancia, de conformidad con los artículos 70 y siguientes del C.P.L y S.S.; no obstante, deberá tenerse en cuenta el contenido del artículo 41 de la Ley 6ª de 1972, aprobatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961, en el sentido de que las gestiones se efectuarán a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Lo precedente, en tanto que el agente diplomático, en representación de su Estado, ostenta un fuero especial, que le permite que sea la Corte Suprema de Justicia la que averigüe y decida si, eventualmente, el Estado acreditante ha cumplido con las normativas que en punto al derecho laboral colombiano le impone acatar .

[70] De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009 adulto mayor es "aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más". [71] Sentencias T-532 de 1994; T-310 de 1995; T-450 de 1998; T-494 de 2002; T-622 de 2002.

[72] Sentencia T-886 de 200.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 9 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.