COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/879/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/879/10
Expediente	—
Fecha	2010-11-04
Sala	Sala Quinta de Revisión
Magistrado ponente	JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension
- Pension De Vejez
- Derecho Al Regimen De Transicion En Materia Pensional
- Instituto De Seguro Social
- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Vejez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Tutela instaurada por Miguel Humberto Girata Lozano contra el Instituto de los tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados JORGE IVÁN ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las conferidas

Texto completo

T-879-10 Sentencia T-879/10 Sentencia T-879/10 ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION-Procedencia excepcional PENSION DE VEJEZ- Sistema General de Pensiones previstos en la Ley 100 de 1993 DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN MATERIA PENSIONAL- Desarrollo legal, articulo 36 de la Ley 100 de 1993 INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -Régimen pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 para servidores públicos afiliados ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ -Procede por cuanto el actor es beneficiario del régimen de transición Referencia:

expediente T-2722357 Acción de tutela instaurada por Miguel Humberto Girata Lozano contra el Instituto de los Seguros Sociales y el Municipio de Santiago de Cali.

Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá D.C, cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010). La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferido por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Oralidad de Cali, en primera instancia, y el Tribunal Superior de Distrito Judicial –Sala Laboral-, de la misma ciudad,

dentro de la acción de amparo constitucional promovida por el señor Miguel Humberto Girata Lozano en contra del Instituto de los Seguros Sociales y del Municipio de Santiago de Cali.

I. ANTECEDENTES 1. Solicitud de tutela. El día seis (6) de abril de dos mil diez (2010), el ciudadano Miguel Humberto Girata Lozano, por intermedio de apoderado judicial, impetró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales y el Municipio de Santiago de Cali, con el fin de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad, presuntamente vulnerados por la entidad de Seguridad Social y el ente municipal, al negarse a reconocer en su favor la pensión de vejez a la cual afirma tener derecho, según lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

2. Reseña Fáctica. 2.1. El señor miguel Humberto Girata Lozano nació día 15 de abril de 1952; manifiesta que según se desprende de la fecha de su nacimiento, para del día 1° de abril de 1994, fecha en que entra a regir la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por tanto considera que debe aplicarse para el reconocimiento de su pensión, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que a la letra dice: " Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

2.2. Aduce el accionante, que además de los tiempos cotizados como trabajador particular, estuvo vinculado a la administración pública durante los siguientes períodos:

DEPENDENCIA DESDE HASTA TIEMPO DE SERVICIO. Municipio de Cali (Personería) 01-10-1973 15-02-1977 3 años, 4 meses, 7 días. Emcali 28-03-1977 15-02-1978 0 años, 10 meses, 11 días.

Emsirva 16-02-1978 01-02-1979 0 años, 11 meses, 15 días. Municipio de Cali (Hacienda) 22-03-1979 04-07-1983 4 años, 3 meses, 13 días. Emsirva 26-07-1983 06-11-1984 1 año, 3 meses, 10 días.

Emcali 08-08-1988 04-06-1992 3 años, 9 meses, 26 días. Unidad regional de salud. 05-08-1994 30-12-1994 0 años, 4 meses, 26 días. Municipio de Cali.

01-01-1995 06-07-2001 6 años, 05 meses, 0 días. TOTALES 21 años, 4 meses, 18 días. 2.3. Argumenta que durante su vinculación laboral a la Unidad Regional de Salud de Cali, a EMSIRVA y a EMCALI, se realizaron las correspondientes cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales, para cubrir las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

2.4. Una vez cumplidos los presupuestos del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, -55 años de edad y 20 años de servicios prestados a entidades oficiales-, el día 10 de agosto de 2007, el señor Girata Lozano acudió ante el ISS a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución núm. 06139 del 24 de abril de 2008, bajo el argumento de que según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para tener derecho a la pensión de vejez se requiere, para el caso de los hombres, haber cumplido 60 años y en el presente caso el peticionario sólo cuenta con 56 años de edad.

En cuanto al requerimiento de que se le aplique el régimen de transición, la entidad de previsión social argumentó que si bien es cierto que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme el Decreto Reglamentario 1748 de 1995, los "empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado". Por tanto, le es aplicable el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2° del Decreto 1164 del mismo año. En esta medida, sólo se tienen en cuenta como tiempos públicos los laborados con el Municipio de Cali desde el mes de octubre de 1973 hasta julio de 1983 y con la Unidad Regional de Salud desde agosto de 1994 hasta junio del año 2001 (13 años, 4 meses, 2 días).

2.5. Contra el anterior acto administrativo se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución número 901010, del 24 de julio de 2009. En esta Resolución el ISS argumentó que “bajo ninguna circunstancia el ISS como administrador del régimen de prima media con prestación definida, podrá acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985, cuando al 1° de abril de 1994 se encontraba { el } afiliado cotizando al ISS, pues en este evento se debe aplicar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como ya se dijo”.

“ La Ley 33 de 1985, sí la aplica el Instituto de los Seguros Sociales, cuando el asegurado haya laborado para entidades del Estado que no cotizaban al ISS a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones; esto es, al 1° de abril de 1994 y que por virtud de dicha norma en concordancia con el Decreto 813 de 1994, se trasladó a esta administradora de pensiones, caso que no es el suyo, pues de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, el asegurado venía afiliado y cotizando al ISS desde el 01 de abril de 1977 con el empleador EMCALI EICS ESP.” 2.6. Ante la negativa del ISS de reconocer la pensión de vejez al accionante, y teniendo en cuenta que las normas que aduce dicho instituto para no concederla (Decreto 813 de 1994), trasladan la carga del régimen de transición a los empleadores del sector privado [1] , el señor Girata Lozano acudió ante el Municipio de Cali a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, la cual también fue negada mediante resolución núm. 3256 del 24 de noviembre de 2009.

En dicho acto administrativo, la alcaldía de Cali adujo lo siguiente: “Revisada su historia laboral encontramos certificado de Bono Pensional No. 3283 de agosto de 2005 con destino al Instituto del Seguro Social, como también Certificación de períodos de vinculación para Pensiones y Bonos Pensionales No.

4554 de junio 22 de 2007.” Analizando la normatividad que le es aplicable a su caso tenemos el artículo 6° del Decreto 813 de 1994 que textualmente dice:“Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos, o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas:

Cuando a primero de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios al Estado, cualquiera sea su edad, o cuenta con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la Caja, Fondo o Entidad de Previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.” Adicionalmente argumentó:

“ Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

1. Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales. 2. Cuando se ordene la liquidación de la Caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público y, 3.

Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que no se encontraban afiliados a ninguna Caja, Fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1° de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior considera que “el señor MIGUEL HUMBERTO GIRATA LOZANO, deberá radicar la documentación ante el Instituto del Seguro Social-ISS, quien respetará el régimen aplicable que es la Ley 33 de 1985 (20 años de servicios, 55 años de edad).” Finalmente el municipio decidió “negar por parte de esta entidad el reconocimiento de pensión de jubilación al señor Miguel Humberto Girata Lozano, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 14.981.584 expedida en Cali, en razón de lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.” 2.7 Manifiesta el tutelante que como puede apreciarse en los actos administrativos, tanto el ISS como la alcaldía de Cali, reconocen que es beneficiario del régimen de transición, por tanto debe constatarse el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión bajo los parámetros de la ley 33 de 1985.

2.8. Por último, el accionante manifiesta que desde su desvinculación de la Unidad Regional de Salud de Cali en el año 2001, no ha podido conseguir un nuevo empleo, y que prueba de ello es que su servicio de salud depende de su afiliación como beneficiario al sistema por parte de su señora esposa.

3. Pruebas relevantes allegadas con el expediente. · Copia de la resolución Núm. 06139 del 24 de abril de 2008, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión al señor Miguel Humberto Girata Lozano (Folios 18 a 20).

· Copia de la Resolución Número 901010 del 24 de julio de 2009, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución núm. 06139 y en la que se confirma la negativa del reconocimiento de la pensión al accionante (Folios 21 y 22).

· Copia simple de la resolución núm. 3256, expedida por la alcaldía de Cali, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al tutelante (folios 23 a 27).

· Copia del memorando 13000- 00000364, mediante el cual el ISS da instrucciones a sus funcionarios acerca de cómo deben proceder frente al reconocimiento de las pensiones de funcionarios públicos financiadas mediante Bonos Tipo T, según lo establecido en el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009 (Folios 28 a 35).

· Certificación de la EPS Cruz Blanca donde se hace constar que el señor Humberto Girata Lozano se encuentra afiliado como beneficiario de la señora Lucia Sastoque Fuenmayor (folio 36).

· Certificado médico del accionante donde se hace constar que el mismo padece de Hipertensión arterial y diabetes Mellitus (folio 37). 4. Respuesta de las entidades accionadas.

El ocho (8) de abril de dos mil diez (2010), el Juzgado Trece Laboral del Circuito del Plan Piloto de Oralidad de Cali, admitió la acción de tutela, ordenó ponerla en conocimiento de las entidades accionadas y concedió un término perentorio de dos días para que se pronunciaran sobre los hechos de la acción de amparo.

Durante el término de traslado de la demanda, el Instituto de Seguros Sociales guardó silencio con respecto a la acción de tutela de la referencia.

Por su parte, el Municipio de Cali se pronunció a través de la Subdirectora Administrativa del Recurso Humano (E), en los siguientes términos:

1. Reconoció las vinculaciones laborales del señor Girata Lozano con el Municipio de Cali y manifestó que durante las relaciones laborales del demandante, anteriores al año de 1994, no se cotizó a ninguna entidad de previsión social, mientras que cuando se desempeñó en la UNIDAD Regional de Salud de Cali, a partir del 16 de agosto de 1994 y hasta el 30 de junio de 2001, se realizaron los respectivos aportes al Instituto de los Seguros Sociales.

2. En virtud de lo anterior, el Municipio de Cali responde por los bonos tipo B, en razón a los tiempos laborados por sus servidores y no cotizados al ISS.

3. De igual manera, manifiesta que el Municipio de Cali responde por el cálculo actuarial correspondiente a los períodos no cotizados entre el 1 de octubre de 1994 y el 1 de agosto de 1995, fecha en que fueron afiliados todos los servidores del Municipio al ISS.

4. Argumenta que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Municipio de Cali no es competente para pensionar a sus servidores, sino que dicha responsabilidad se subrogó en el Instituto de los Seguros Sociales o en el Fondo de Pensiones al cual se halle vinculado el trabajador público.

5. Por lo anterior aduce que “el MUNICIPIO DE CALI, está a la espera de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, solicite la liquidación provisional del bono pensional para proceder a su emisión y pago del mismo, con el

fin de que esa entidad proceda al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en caso de que el accionante tenga derecho” .

6. Manifiesta que “EL SEGURO SOCIAL, acorde con lo dispuesto en Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009, es la administradora de pensiones responsable del reconocimiento de la pensión de jubilación del señor MIGUEL HUMBERTO GIRTA LOZANO, tal como se manifiesta en el escrito de tutela, debiendo cobrar a las entidades del Estado que cotizaron al ISS antes del 01 de abril de 1994, el bono tipo T a que hace referencia la citada norma, en este caso a EMMCALI y EMSIRVA que cotizaron para pensiones al ISS entre 1977 y 1992, en diferentes períodos.” Teniendo en cuenta lo anterior, solicita al juez de tutela que tenga como prueba el memorando VP-13000-000364 del 15 de febrero de 2010, expedido por el Vicepresidente de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales, dando instrucciones para la aplicación del Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009, que le asigna la obligación de reconocer las pensiones de jubilación a los servidores públicos que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de1993, estaban cotizando al ISS con entidades del Estado.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN. 1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Oralidad de Cali, en sentencia proferida el veinte (20) de abril de dos mil diez (2010), resolvió negar el amparo invocado por improcedente.

En criterio del fallador, en el caso bajo análisis no se vislumbró vulneración de derecho fundamental alguno, toda vez que al actor le asisten otros mecanismos de defensa judicial; adicionalmente no concurren los requisitos de procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, ya que “ si bien el actor presenta patologías crónicas de HIPERTENSIÓN ARTERIAL Y DIABETES MELLITUS, no se encuentra dentro de las enfermedades catalogadas como catastróficas; y es que no hay prueba aportada al proceso que enrostre un menoscabo o violación de su integridad física, o que pueda ocasionar un perjuicio irremediable.” Impugnación Mediante escrito del 26 de abril de 2010, la apoderada del accionante impugnó el fallo de primera instancia, sin sustentar los motivos de su inconformidad.

2. Sentencia de segunda instancia. El Tribunal Superior de Cali –Sala Laboral- decidió mediante proveído del 1° de junio de 2010, confirmar en todas sus partes el fallo del a quo, bajo el argumento de que la discusión que atañe al caso concreto es de orden legal y no constitucional; toda vez que lo que se pretende es el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la óptica de la Ley 33 de 1985 y para ello demanda que se aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Toda vez que tal asunto requiere juicios especializados y un ejercicio probatorio que desborda las capacidades y poderes del juez constitucional, debe dirimirse frente a la justicia ordinaria especializada.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. 1. Competencia. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico. Teniendo en cuenta la situación fáctica descrita, corresponde a la Corte Constitucional establecer si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales del señor Girata Lozano, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la igualdad, al negarse a reconocer en su favor la pensión de vejez a la que afirma tener derecho .

Con el fin de verificar si tales derechos fueron conculcados, se hace necesario precisar las obligaciones legales que adquirió el Instituto de Seguros Sociales frente a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, en cuanto al reconocimiento y pago de pensiones de jubilación de los empleados públicos y trabajadores oficiales cobijados por el régimen de transición, que se afiliaron al ISS con anterioridad o con posterioridad al 1º de julio de 1995, pero que en todo caso su status de pensionado se causó después de dicha fecha; así mismo, se debe clarificar cuál es el

procedimiento, la competencia y los requisitos de la pensión de jubilación para aquellos servidores que se enmarcan dentro de la situación planteada.

Antes de entrar al estudio de fondo del problema jurídico planteado, la Sala analizará la procedibilidad de la acción de tutela, desde el punto de vista de las reglas pertinentes, y de la jurisprudencia constitucional en la materia.

Establecido el punto anterior, si la Corte encuentra que es procedente, analizará el problema jurídico de fondo (i) Analizando los requisitos para acceder a la pensión de vejez; (ii) Se estudiará el régimen de transición en lo que respecta a la pensión de servidores públicos; (iii) Se abordará el régimen pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para quienes prestaron sus servicios al Estado y cotizaron al Instituto de Seguros Sociales; (iv) se hará una breve referencia a otras normas que regulan el tránsito legal ocurrido con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993 y que a su vez la complementan;

v) Por último se resolverá el caso concreto. 3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Sala ha sostenido reiteradamente [2] que según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente y sumario, diseñado para la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos se amenacen o vulneren, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o excepcionalmente de los particulares [3] .

Esta acción, se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo que significa que, frente a un caso concreto, procederá como medio de protección de los derechos fundamentales, si no existe un mecanismo de defensa judicial, o que aun existiendo, éste no sea eficaz o idóneo para obtener el amparo solicitado;

de igual manera, saldrá avante si se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En virtud de lo anterior, esta Corporación ha señalado que, por regla general, los conflictos relativos al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, en especial lo referente a la pensión de vejez, deben ser ventilados ante la jurisdicción ordinaria laboral [4] o ante la jurisdicción contencioso administrativa, según la naturaleza del caso, de tal forma, que la acción de tutela en principio, no es el mecanismo judicial idóneo para buscar la protección de este tipo de derechos.

[5] Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación [6] , con base en el artículo 86 de la Carta Política, ha señalado dos excepciones a la regla general de la improcedencia. De un lado, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para dirimir determinada controversia no resulta idóneo y eficaz al momento de aplicarlo al caso concreto . Para identificar cuando se está ante dicha situación, esta Corporación, ha fijado como uno de los parámetros “la avanzada edad del peticionario(a), sobre todo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (70 años para los hombres y 77 años para las mujeres), pues 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(a) [7] .” De otra parte, la acción de amparo procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando la misma sea necesaria para evitar un perjuicio irremediable . Para establecer la existencia del perjuicio en un caso concreto y que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, se han utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a) [8] .

Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a) [9] . Adicionalmente la jurisprudencia constitucional ha estimado que “la acción de tutela procede a

pesar de existir otro medio de defensa judicial, cuando: i) se considera que éste es ineficaz debido a que no resuelve el conflicto de manera integral, [10] o ii) éste no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia particular de una protección inmediata...".

[11] No obstante, el perjuicio irremediable puede provenir de situaciones concretas que no se enmarcan dentro de los casos anteriormente reseñados, y por ello es el juez de tutela quien debe verificar la existencia o no de la afectación de los derechos fundamentales del accionante.

En lo que respecta a la existencia del otro mecanismo de defensa judicial, esta Corporación ha indicado que no es obligatorio iniciar el proceso ordinario ante la jurisdicción competente, antes de acudir a la acción de tutela, basta con que dicha posibilidad esté abierta al momento de solicitar el amparo constitucional. De lo contrario, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede siquiera como mecanismo transitorio [12] .

Ante la presencia de alguno de los supuestos explicados la acción de tutela es procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si se existe una violación o amenaza a los derechos fundamentales invocados.

4. La pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia. Según lo preceptuado en artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la Seguridad Social tiene una doble connotación, de un lado, es un servicio público obligatorio, y de otro es un derecho irrenunciable que tienen todos los habitantes del territorio nacional.

[13] En desarrollo del mencionado artículo, el legislador diseñó el Sistema Integral de Seguridad Social, el cual se materializó en la expedición de la Ley 100 de 1993; dicho cuerpo normativo derogó los regímenes pensionales existentes para ese momento, y los integró en uno sólo de carácter general.

Dicho sistema quedó compuesto por (i) los regímenes generales de pensiones (régimen de prima media con prestación definida administrada por el ISS y el régimen de ahorro individual con solidaridad regentado por las administradoras de fondos de pensiones privadas), (ii) salud y riesgos profesionales y (iii) servicios complementarios.

En lo que respecta al régimen de prima media con prestación definida, el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, estableció las diferentes prestaciones a las que pueden acceder sus afiliados, entre ellas se establecieron diferentes tipos de pensión de naturaleza legal, (i) de invalidez; (ii) de vejez; y (iii) de sobrevivientes. De igual manera se estableció que los " aportes de los afiliados y sus rendimientos forman un fondo común de naturaleza pública, con el cual se garantiza el pago de las prestaciones causadas, el cubrimiento de los gastos de administración y la adopción de reservas legales ." La administración de este régimen se encuentra actualmente en manos del Instituto de Seguros Sociales.

De esta manera, el derecho a la pensión de vejez aparece como parte integral del derecho a la seguridad social y tiene como fin proteger a las personas que debido a su edad encuentran mermada su capacidad laboral, lo que les dificulta o impide obtener los recursos económicos necesarios para disfrutar de una vida digna [14] .

En conclusión, la ley 100 de 1993 integró y unificó los regímenes pensionales que existían para la fecha de su expedición; para ello fue necesario derogarlos y compilarlos en un solo cuerpo normativo. Sin embargo, después de su entrada en vigencia, el 1° de abril de 1994, algunas normas reguladoras de pensiones quedaron vigentes, tales como el Decreto 546 de 1971, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, y el Decreto 758 de 1990, entre otras, sólo para aquellas personas que conforme a lo establecido en el artículo 36 de la referida ley, fueran beneficiarias del régimen de transición.

5. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia. Como se anotó anteriormente, la Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición, y los compiló en el Sistema General de Pensiones. No obstante, ante la necesidad de salvaguardar las expectativas

legítimas de quienes no habían consolidado su derecho a una pensión, pero que se encontraban próximos a cumplir con los requisitos para acceder a la misma, el legislador estableció un régimen de transición, con el fin de protegerlos frente a una afectación desmesurada de sus garantías prestacionales.

Al respecto, esta Corporación definió el régimen de transición, en materia pensional, como, "un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo." [15] La Ley 100 de 1993, consagró en su artículo 36, el régimen de transición en materia pensional. Según esta preceptiva, la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto, y el monto de la misma, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieren quince (15) o más años de servicios.

Al respecto la disposición en comento dispuso: "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.(…).

De esta manera, los requisitos que los beneficiarios del régimen de transición deben cumplir para que se cause su derecho a la pensión, en lo que respecta a la edad y al tiempo de servicio, deben ser los consagrados, en la legislación previa a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al cual se encontraban afiliados, según cada caso particular. Esta garantía es extensible sólo a quienes se encuentran afiliados al régimen de prima media con prestación definida, en tanto la normativa pensional anterior a la ley de seguridad social era similar a éste; no es aplicable al régimen de ahorro individual con solidaridad por cuanto antes de la Ley 100 de 1993, no existían regímenes pensionales estructurados sobre la posibilidad de que los afiliados acumularan un ahorro de capital, que permitiera la consolidación del derecho a la pensión.

6. Régimen pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Dentro de los regímenes pensionales que reconocían la pensión de vejez a los servidores públicos, antes de ser expedida la ley de Seguridad Social Integral, se encuentra la Ley 33 de 1985, que regula la prestación de los empleados oficiales que cumplen con el requisito de haber laborado durante veinte años o más para entidades del Estado, además de cumplir con cincuenta y cinco (55) años de edad.

El artículo 1° de la Ley en mención establece: Artículo 1°: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.” No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (…)".

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 33 de 1985, dispone: "La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos (…)"

De lo anterior se pueden colegir dos conclusiones: i) tanto en la Ley 33 de 1985, como en las normas que le preceden (Ley 6ª de 1945 [16] y Decreto 3135 de 1968 [17]), el factor determinante para el reconocimiento de la pensión de vejez a los servidores públicos, además del cumplimiento de la edad, ha sido el tiempo de servicio y no la acumulación de cotizaciones. ii) La entidad obligada al reconocimiento y pago de la pensión puede repetir por la cuota parte o por el Bono Pensional ante las demás entidades públicas donde haya laborado el titular de la prestación.

Sin embargo, en la práctica, el reconocimiento y pago de una pensión a un servidor público que laboró con entidades del Estado, cotizó al Instituto de los Seguros Sociales con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 y que se encuentra amparado por el régimen de transición, no ha resultado tarea fácil; ya que en muchos casos, la entidad oficial objeta la cuota parte que le recobra el ISS bajo el argumento de que ya se realizaron las cotizaciones pertinentes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte del trabajador oficial asegurado. Por su parte, el Instituto niega la pensión de jubilación por considerar que a pesar de que el tiempo laborado y cotizado en el sector público antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones debe ser tenido en cuenta al momento de reconocer una pensión con base en la Ley 33 de 1985; no le corresponde al ISS concurrir en el pago de dicha pensión, toda vez que las cotizaciones recibidas deben imputarse al reconocimiento de una pensión bajo los parámetros del ISS y nunca para una pensión bajo las condiciones contempladas para un servidor público , “máxime que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores privados y por tanto a los tiempos cotizados en esas circunstancias debe dárseles el carácter de privados [18] "

. No obstante, la situación planteada fue objeto de regulación a través del Decreto 4937 de 2009, donde se reconoció la necesidad de la expedición de un Bono pensional especial Tipo T a favor del Instituto de los Seguros Sociales, que debe ser reconocido por la entidad pública donde laboró el empleado público, con el fin de cubrir la diferencia entre los valores cotizados durante la vinculación laboral del servidor público y el valor real del Ingreso Base de Liquidación que debe aplicar el ISS para que dicho trabajador tenga derecho al reconocimiento de la pensión en los términos del régimen de transición. Al respecto el artículo segundo del decreto en mención consagró:

Artículo 2.- DEFINICIONES: “ Bono Pensional Especial tipo T: Bono especial que deben emitir las entidades Públicas a favor del ISS, o quien haga sus veces, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición a los servidores que a primero de abril de 1994 se encontraban en cualquiera de los siguientes casos: a) Que estuvieran laborando en entidades públicas como afiliados o como cotizantes al ISS en condición de activos; b) que habiéndose retirado de la entidad pública fueran afiliados inactivos del ISS y no estuvieran cotizando a ninguna administradora del sistema; c) que una vez retirados de la entidad pública hubieran continuado afiliados y/o cotizando al ISS como independientes o como vinculados a una entidad privada o, d) que habiendo sido servidores públicos afiliados al ISS no cotizaban a ninguna entidad a 31 de marzo de 1994.

De conformidad con el Decreto 13 de 2001 a estos servidores no se les financian las pensiones con bonos tipo B. Los bonos pensiónales especiales tipo T estarán compuestos por tantos cupones como entidades empleadoras del sector público hubieran tenido los servidores públicos a que se refiere este artículo.

Fecha de corte del bono tipo T (FC): Es la fecha más tardía entre la fecha del cumplimiento de los requisitos de jubilación y la fecha en que se radique la solicitud de pensión ante el Instituto de Seguro Social o quien haga sus veces.” Con base en lo anterior se puede concluir, una vez subsanado el reparo hecho por el ISS, que el régimen pensional aplicable a quienes antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, prestaron sus servicios como trabajadores públicos, se afiliaron al Instituto de Seguros Sociales con anterioridad o con posterioridad a la expedición de la referida ley, sirvieron durante más de 20 años continuos o discontinuos a entidades del Estado y han alcanzado la edad de 55 años, es el contemplado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

7. Otras normas expedidas durante el tránsito legislativo ocurrido con ocasión de la expedición de la ley 100 de 1993. Además del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se han dictado otras normas que propenden por la protección de las expectativas legítimas de los derechos pensionales de los servidores públicos.

Por ejemplo, el Decreto Reglamentario 1068 de 1995 dispuso que en los órdenes departamental, municipal y distrital, debían sus servidores, una vez entrara a regir el sistema general de pensiones, seleccionar entre el régimen solidario de prima media administrado por el ISS y el régimen de ahorro individual, administrado por las sociedades administradoras de los fondos de pensiones privados.

También señaló que los servidores públicos que al 1º de abril de 1994 no estaban vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión de seguridad social, así como aquellos que se hallaban vinculados a algunas de estas entidades cuya liquidación se ordenó, si seleccionaban el régimen de prima media con prestación definida, quedaban vinculados al Instituto de Seguros Sociales. Lo mismo sucedía con los servidores públicos que se trasladaran de una entidad a otra en el sector público.

Para garantizar los tiempos de servicios prestados y no cotizados al ISS con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, el gobierno expidió el Decreto 1314 de 1994 “ por el cual se dictan normas para la emisión y redención de los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida ”. En esta disposición se determinó que habrá lugar a la emisión de un Bono Pensional, cuando el traslado que lo origina corresponda a quienes estuvieran prestando servicios al momento de la entrada en vigencia de la ley de seguridad social o hubieren prestado servicios al Estado o a alguna de sus entidades descentralizadas como servidores públicos de cualquier orden, con vinculación contractual o legal y reglamentaria con anterioridad a la misma.

Según el artículo 4° del decreto en mención, dichos bonos pensionales deben ser emitidos por la “ última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado o por la Nación o entidad territorial, cuando la responsabilidad correspondiere a una caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional o territorial respectivamente, antes de la vinculación del servidor al Instituto de Seguros Sociales. Las demás entidades públicas pagadoras de pensiones en la cual haya cotizado o en las cuales haya servido el afiliado antes de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales deberán contribuir a la financiación del bono pensional tomando en cuenta los tiempos servidos”.

De otra parte el Decreto 1748 de 1995, “ por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos Leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115 y siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993” , en su artículo 44 alude a lo siguiente:

“ Cuando un afiliado al ISS solicite una pensión o indemnización sustitutiva, sin haber solicitado la expedición del bono, debe allegar las certificaciones para que la entidad lo solicite; en ningún caso el trámite y concesión de la prestación está

condicionada a la expedición del bono (…). En cuanto a los servidores cobijados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentarios el ISS les liquidará, reconocerá y pagará su pensión, respetando la edad, tiempo de servicios y monto porcentual que se tomaron para el cálculo del bono (…) .” Además de las anteriores, existen otras preceptivas que establecen las responsabilidades asignadas al ISS, en lo que se refiere al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de los servidores públicos; es así como en el artículo 5° del decreto Reglamentario 1068 de 1995 [19] se establece que una vez un trabajador oficial se encuentra afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, corresponde a dicha entidad de previsión social, reconocer y pagar la pensión de vejez tan pronto como ocurra el siniestro o el afiliado demuestre el cumplimiento de los requisitos legales.

Con base en lo anterior se puede concluir que el Instituto de Seguros Sociales frente a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, en lo que concierne a los empleados públicos y trabajadores oficiales cobijados por el régimen de transición, que se afiliaron al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley de seguridad social o desde el 1º de julio de 1995, fecha en que se debió surtir el tránsito de afiliación de los servidores públicos al nuevo sistema de pensiones y cuyo status de pensionado se causó con posterioridad a dicha fecha, tiene las siguientes obligaciones: i) Debe garantizar el régimen de transición a los servidores públicos que cumplen con los requisitos legales y reglamentarios para tener acceso al mismo; ii) Les debe liquidar y reconocer la pensión de vejez por cuanto dichos trabajadores oficiales optaron por permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, que en la actualidad es administrada por el ISS; iii) Debe además, pagar el monto de la prestación ya que el ISS fue quien recibió el valor de las cotizaciones durante el tiempo que hacía falta para que los trabajadores afiliados alcanzaran el status de pensionados (artículo. 52 de la Ley 100 de 1993; artículo 6° del Decreto 692 de 1994; y artículos 1 y 2 del Decreto 1088 del mismo año).

8. Caso concreto. En primer lugar, teniendo en cuenta los argumentos de los Jueces de instancia, se hace necesario llevar a cabo la verificación del cumplimiento de alguno de los requisitos que hacen procedente la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales, ya que el artículo 86 de la Constitución política prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez ya que el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social (artículo 2°| del C.S. del T y de la S.S. modificado por el artículo 2° de la ley 712 de 2001) [20] . De esta manera, es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las dos excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de vejez por medio de la acción de tutela.

De los elementos fácticos allegados al expediente, se puede colegir que en esta oportunidad, el mecanismo ordinario resultaría idóneo y eficaz, para resolver la controversia planteada, toda vez que el actor no tiene una edad que permita pensar que probablemente no existirá para el momento en el que se adopte un fallo definitivo (58 años); sin embargo, es posible que el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez pierda su razón de ser para el momento en que se produzca un fallo definitivo por parte de la jurisdicción laboral ordinaria.

Ello por cuanto existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que el accionante cuenta con los requisitos para ser beneficiario de la prestación que reclama, esto es, haber laborado más de 20 años con entidades públicas y a la fecha contar con más de 55 años de edad, además de estar probado y reconocido por el ISS que también es beneficiario del régimen de transición.

Quiere decir lo anterior, que no se puede obligar al tutelante a esperar las resultas de un proceso ordinario, ya que para cuando éste se resuelva, el señor Girata Lozano habrá cumplido más de 60 años, perdiendo así el beneficio del régimen de transición que le permite pensionarse con 55 años de edad. De igual manera, hay que tener en cuenta los quebrantos de salud que padece el accionante [21] , lo que de paso viabiliza aún más la procedencia de la acción de tutela.

De esta manera, el no reconocimiento de la prestación afecta directamente derechos fundamentales del actor. Al respecto esta Corporación en la Sentencia T-010 de 2010 precisó:

“La seguridad social tiene calidad de derecho fundamental, particularmente al resultar inescindible de otros derechos, como la vida, la dignidad humana y la integridad física y moral, de manera que su desconocimiento conculca o pone en peligro estos últimos, máxime si se tiene presente que el derecho a una pensión de vejez realza tal calidad, derivando el interesado su sostenimiento y la satisfacción de sus necesidades básicas y familiares, del ingreso que esa prestación le reporta.

Entonces, el trabajador que cumple los requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos para acceder a la pensión, es merecedor de su reconocimiento y consecuente pago, como quiera que la demora imputable a la entidad responsable de esa prestación afecta derechos como la dignidad, el mínimo vital, la seguridad social y los adquiridos. Las actuaciones tardías o ineficaces de las entidades encargadas de esas prestaciones, que deben actuar coordinadamente, no pueden perjudicar a quien ha adquirido el derecho a la pensión, pues la seguridad social, servicio público de carácter obligatorio, está sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art.

48 Const.).” Además, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, para que proceda el reconocimiento de una prestación de carácter pensional por vía de tutela, debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para tal fin; de manera que, no obstante haberlos reunido, la autoridad encargada no ha procedido a otorgar el derecho prestacional solicitado por el interesado [22] .

Sobre el particular, la Corte señaló: “El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud.(…) El mencionado requisito probatorio pretende garantizar dos objetivos: en primer lugar, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuya procedencia está acreditada, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento” [23] .

De acuerdo con esta jurisprudencia, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar:

i) Que la falta de reconocimiento o reajuste de la pensión de jubilación o vejez se origine en actuaciones que, prima facie, desvirtúen la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; ii) que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para que proceda el reconocimiento, pago o reajuste de la pensión o que, sin encontrarse plenamente demostrado la reunión de los mismos, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud, iii) que la falta de reconocimiento, reajuste o pago de la pensión vulnere o amenace un derecho fundamental y iv) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable [24] .

Atendiendo a lo anterior, la presente acción de tutela resulta procedente para el caso concreto; en lo sucesivo entrará la Sala a verificar si los derechos fundamentales del peticionario al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital han sido vulnerados por el ISS o por el ente territorial demandado.

Visto el caso sub examine, le corresponde a esta Sala de Revisión establecer, si el Instituto de Seguros Sociales, a través de la Resolución 06139 del 24 de abril de 2008, vulneró los derechos fundamentales del señor Girata Lozano, al negarse a reconocer en su favor la pensión de vejez a la que aquel afirma tener derecho, argumentando que el peticionario no cuenta con el número de semanas necesarias que requiere el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

El Instituto de los Seguros Sociales fundamenta su negativa en el hecho de que el señor Girata Lozano fue afiliado al ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; de igual manera aduce que las entidades oficiales donde laboró el accionante realizaron las respectivas cotizaciones al sistema de pensiones; por ello, en virtud de lo estipulado en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, los empleadores del sector público que se encontraban afiliados al ISS se asimilan a los empleadores del sector privado. Por lo anterior el ISS se niega a contabilizar las semanas laboradas y cotizadas por el tutelante para las Empresas Municipales de EMSIRVA Y EMCALI.

La resolución 06139 de 2008, que negó la prestación fue objeto del recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución 911010 del 24 de junio de 2009; en esta ocasión se confirmó la negativa del reconocimiento de la pensión aduciendo que “bajo ninguna circunstancia el ISS como administrador del régimen de prima media con prestación definida, podrá acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985, cuando al 1° de abril de 1994se encontraba el afiliado cotizando al ISS, pues en este evento se debe aplicar el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 .” De igual manera, el Municipio de Cali mediante Resolución número 3256 del mes de noviembre de 2009, negó el reconocimiento y pago de la prestación al considerar que es el ISS el llamado a responder por la pensión de vejez del accionante, toda vez que fue la administradora de pensiones que recibió el pago de los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte del afiliado. Así mismo, el accionante adquirió su status de pensionado estando vinculado a dicha entidad de previsión social. Por ello, afirma que el Municipio demandado sólo debe responder por el bono pensional a que tiene derecho el trabajador por los tiempos laborados y no cotizados al ISS.

En este punto, se hace necesario precisar que la Sala comparte los argumentos expuestos por la Alcaldía de Cali, en cuanto que la entidad llamada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Miguel Humberto Girata Lozano es el Instituto de los Seguros Sociales, ello por cuanto: i) está probado que el accionante ha laborado por más de 20 años al servicio de entidades públicas del orden municipal; ii) de los elementos allegados en el expediente, no se puede colegir que el tutelante pertenezca a un régimen pensional especial o exceptuado, por tanto, se debe aplicar a su caso concreto los artículos 1° y 2° de la Ley 33 de 1985; iii) el señor Girata Lozano siempre ha cotizado al régimen de prima media con prestación definida y ha sido su intención pensionarse bajo los parámetros de dicho sistema; iv) no ha desplegado ninguna conducta que le ocasione la pérdida del régimen de transición, v) las cotizaciones realizadas por las empresas municipales donde laboró el accionante, con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, deben ser tenidas en cuenta al momento de computar los tiempos públicos servidos por el actor, ya que el sólo hecho de haber cotizado a través de entidades del Estado con anterioridad a la expedición de la ley de seguridad social, no puede tomarse como factor determinante para desconocer la naturaleza de servidor público; vi) lo argumentado por el ISS para no convalidar los tiempos de servicio cotizados durante el vínculo laboral del actor con las empresas EMSIRVA Y EMCALI, quedó sin fundamento al expedirse el Decreto 4937 de 2009 (y la creación de los Bonos Especiales Tipo T), mediante el cual se corrigieron las diferencias existentes entre el valor cotizado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 y el valor real del ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta al momento de asignar una pensión regida bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

De esta manera queda establecida la responsabilidad que le asiste al Instituto de los Seguros Sociales en la protección de los derechos fundamentales del accionante, seguidamente pasará la Sala a analizar si al accionante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez que reclama.

Con este propósito la Sala debe iniciar por estudiar si el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que entró a regir el 1° de abril de 1994.

De acuerdo con el precepto anotado, la edad para que se cause el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto, y su monto, serán las previstas en el régimen anterior al que estaban afiliadas la personas, que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años o más, en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más, para los hombres; o que indistintamente tuvieren quince (15) o más años de servicios.

Advierte la Sala que el accionante nació el 15 de abril de 1952, razón por la cual para el 1° de abril de 1994 había cumplido 43 años de edad. Adicionalmente, se observa que para ese momento el peticionario estaba cotizando para consolidar su derecho a la pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales. Por ello, concluye la Sala que el accionante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, para acceder a este beneficio se exige, para el caso de los hombres, tener cuarenta (40) años de edad cumplidos, para el 1 de abril de 1994. Adicionalmente se extrae de las certificaciones de la historia laboral emitidas por el ISS, que el tutelante tenía para la fecha en que entró a regir la ley de seguridad social, más de 15 años de servicios, como se puede observar en el siguiente cuadro:

DEPENDENCIA DESDE HASTA TIEMPO DE SERVICIO. Cartón de Colombia 08-07-1969 03-07-1972 2 años, 11meses, 25 días. Municipio de Cali (Personería) 01-10-1973 15-02-1977 3 años, 4 meses, 7 días.

Emcali 28-03-1977 15-02-1978 0 años, 10 meses, 11 días. Emsirva 16-02-1978 01-02-1979 0 años, 11 meses, 15 días. Municipio de Cali (Hacienda) 22-03-1979 04-07-1983 4 años, 3 meses, 13 días.

Emsirva 26-07-1983 06-11-1984 1 año, 3 meses, 10 días. Emcali 08-08-1988 04-06-1992 3 años, 9 meses, 26 días. TOTALES 17 años, 6 meses, 17 días.

Por lo anterior, la Sala estima que el accionante, en su condición de beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que la edad que se le exige para consolidar su derecho a la pensión de vejez, el número de semanas cotizadas exigidas para el efecto, y su monto, sean las previstas en el régimen anterior al que estaba afiliado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el cual, tal y como se expuso en las consideraciones generales de esta providencia, está contenido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para quienes laboraron con entidades del Estado por un tiempo superior a 20 años y han cumplido 55 años de edad.

En el caso bajo estudio, observa la Sala que el accionante tiene 58 años de edad a la fecha, y que ha laborado para entidades públicas del orden municipal por más de 20 años, en el periodo que va desde el 1 de octubre de 1973, hasta el 6 de julio de 2001, conforme con el siguiente cuadro:

DEPENDENCIA DESDE HASTA TIEMPO DE SERVICIO. Municipio de Cali (Personería) 01-10-1973 15-02-1977 3 años, 4 meses, 7 días. Emcali 28-03-1977 15-02-1978 0 años, 10 meses, 11 días.

Emsirva 16-02-1978 01-02-1979 0 años, 11 meses, 15 días. Municipio de Cali (Hacienda) 22-03-1979 04-07-1983 4 años, 3 meses, 13 días. Emsirva 26-07-1983 06-11-1984 1 año, 3 meses, 10 días.

Emcali 08-08-1988 04-06-1992 3 años, 9 meses, 26 días. Unidad regional de salud. 05-08-1994 30-12-1994 0 años, 4 meses, 26 días. Municipio de Cali.

01-01-1995 06-07-2001 6 años, 05 meses, 0 días. TOTALES 21 años, 4 meses, 18 días. Con base en lo expuesto, encuentra la Sala que el accionante cumple con el lleno de los requisitos requeridos en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, lo que le permite consolidar el derecho a la pensión.

Así mismo, conlleva a que esta Corporación ampare sus derechos fundamentales de manera transitoria y dejará al arbitrio del ISS, si concede de manera definitiva la prestación, una vez estudie el expediente del accionante incluyendo las semanas cotizadas por la Empresas Municipales de EMSIRVA Y EMCALI con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, pero que deben ser convalidadas con la expedición de un Bono Tipo T por parte del Municipio de Cali a favor del ISS, (artículo 2° del Decreto 4937 de 2009) el cual debe cubrir el valor diferencial entre los valores aportados y el monto real que se aplicará al Ingreso Base de Liquidación con el que se reconocerá la prestación al accionante.

Para el efecto, el Instituto de Seguros Sociales deberá, en el término improrrogable cinco (5) días, proceder a dejar sin efectos la Resolución Número 901010 del 24 de julio de 2009, decisión en la que le negó el derecho a la pensión por vejez al tutelante, y seguidamente deberá reconocer la prestación, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia, y con lo dispuesto para el efecto en la Ley 33 de 1985 artículo 1°, como régimen aplicable al demandante.

Por las anteriores razones, esta Sala de Revisión revocará la sentencia que se revisa y en su lugar, se concederá el amparo solicitado, IV. DECISIÓN:

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

Primero. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali – Sala Laboral- , el día 1 de junio de 2010, en la cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Miguel Humberto Girata Lozano; la que a su vez confirmó la dictada por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Oralidad de la misma ciudad , para en su lugar, TUTELAR de manera transitoria los derechos fundamentales del actor al mínimo vital, al debido proceso y a la seguridad social, por las razones expuestas en la presente providencia.

Segundo. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, que en el término improrrogable de cinco (5) días, deje sin efectos la Resolución Número 901010, del 24 de julio de 2009, y expida un nuevo acto administrativo correspondiente al reconocimiento de la pensión de vejez del señor Miguel Humberto Girata Lozano, conforme con lo previsto por el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, y con las consideraciones de esta providencia.

Tercero: ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Santiago de Cali, que una vez sea requerido por el Instituto de los seguros Sociales expida el Bono Especial Tipo T de que trata el Decreto 4937 de 2009 a que haya lugar, con el fin de cubrir el diferencial existente entre los valores cotizados y los que realmente se aplique la entidad de previsión social en el reconocimiento de la pensión del accionante.

Cuarto: Siempre y cuando el ISS decida no conceder de manera definitiva la prestación objeto de esta sentencia, advertir a las partes que los efectos de este fallo permanecerán vigentes durante todo el tiempo que la justicia ordinaria emplee para decidir de fondo las pretensiones del actor relativas al mismo asunto.

PREVENIR en consecuencia al actor, sobre su obligación de actuar en el proceso de manera diligente, para disfrutar de la protección que se concede, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 que le otorga 4 meses para instaurar la correspondiente acción ordinaria, en caso de que el ISS le otorgue la pensión de manera transitoria.

Quinto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado NILSON PINILLA PINILLA Magistrado Ausente en comisión JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1]

“Decreto 813 de 1994. Artículo 5.

Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición se seguirán las siguientes reglas:

A). Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho instituto para otorgar la pensión de vejez a sus afiliados al régimen de transición. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.” [2] Ver expediente T-2655229 [3] Artículo 86 de la Constitución Política.

[4] C.S. del T. y la S.S. ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (…) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

[5] Ver entre otras las sentencias: T-371 de 1996, T-078 de 1998, T-476 de 2001, T-1083 de 2001, y T- 634 de 2002. [6] Sentencias T-762 de 2008, T-286 de 2008, T-239 de 2008, T-052 de 2008, T-691A de 2007, T-376 de 2007, T-284 de 2007, T-529 de 2007, T-149 de 2007, T-229 de 2006, entre otras.

[7] Sentencias T-239 de 2008, T-284 de 2007, T-149 de 2007 y T-229 de 2006. [8] Sentencias T-762 de 2007, T-376 de 2007, T-607 de 2007, T-652 de 2007, T-529 de 2007, T-935 de 2006 y T-229 de 2006, entre otras.

[9] Ibídem. [10] “Por ejemplo, sobre la ineficacia de ciertos mecanismos ordinarios de defensa para la protección de derechos fundamentales, la Corte ha determinado que la acción electoral y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral en los casos en que no se ha proveído un cargo en la rama judicial al primero en la lista de elegibles. Al respecto, ver Sentencia SU-961 del 1 de diciembre de 1999 y T-388 1998.” [11] Sentencia T-076 de 2003.

[12] Sentencias T-286 de 2008, T-284 de 2007, T-871 de 1999, T-812 de 2000, entre otras. [13] Ver Sentencias C-841 de 2003 y T-1233 de 2008. [14] Sentencia T-284-07.

[15] Ver Sentencia C-789 de 2002. [16] En efecto, desde la Ley 6ª de 1945 se ha establecido que la pensión vitalicia de jubilación, se reconoce cuando "el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo"

[17] Así mismo en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 se indicaba que "el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación (…)".

[18] " Artículo 45. EMPLEADORES DEL SECTOR PÚBLICO AFILIADOS AL ISS: Para efectos de Bonos Pensiónales regidos por el Decreto 1748 de 1995 , los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, no habrá lugar a la emisión de bonos tipo B. En los casos en los cuales los servidores tengan derecho a una pensión legal del sector público por aplicación de régimen de transición habrá lugar a la emisión de un bono pensional especial tipo T.

[19] ARTICULO 5o. EFECTOS DE LA AFILIACION . Para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, la afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente al del diligenciamiento del respectivo formulario.

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente.

La entidad administradora de pensiones donde se encuentre afiliado el servidor público de los entes territoriales efectuará el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o de jubilación, una vez le sea entregado el respectivo bono pensional.

[20] Ibidem. [21] Ver certificado médico (folio 22) donde se dice que el accionante padece de patologías crónicas de hipertensión arterial y diabetes mellitus.

[22] Sentencia T-836 de 2006. [23] Sentencia T-836 de 2006. [24] Sentencia T-851 de 2006.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 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.