

Sentencia T-053/10

(Febrero 2; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA-Caso en que la actora solicita revocatoria de la decisión judicial que negó el pago de cotizaciones al ISS a cargo de su empleador dejadas de efectuar por un periodo de la relación laboral

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales genéricas y especiales de procedibilidad

PENSION DE JUBILACION-Legal o convencional/PENSION DE JUBILACION, PENSION DE VEJEZ Y PENSION COMPARTIDA-Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA PENSIONAL-Carácter de derecho subjetivo reclamante ante los funcionarios administrativos y judiciales

La persona que cumple con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, ipso facto adquiere el status de jubilado y por consiguiente tiene un derecho adquirido al reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación. Así mismo, con el propósito de salvaguardar el derecho a la seguridad social en pensiones, la jurisprudencia ha insistido en el carácter de derecho subjetivo reclamable ante los funcionarios administrativos y judiciales.

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Características/SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Afiliación obligatoria

Referencia: Expediente T-2.382.944

Accionante: Cecilia María Teresa Chaves Vela.

Accionado: Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia de la Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, del 20 de agosto de 2009, que confirmó el fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 1° de julio de 2009.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensión¹.

1.1. Elementos de la demanda.

- Derechos fundamentales invocados: la accionante interpuso acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la administración de justicia.

- Conducta que causa la vulneración: la revocatoria por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado en contra del Hospital de la Misericordia, que había ordenado al empleador a realizar los aportes al Instituto de Seguros Sociales a favor de la accionante por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 y el 19 de abril de 1988.

- Pretensión: la accionante solicita del juez constitucional que se deje en firme la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso ordinario laboral y por ende se revoque el fallo demandado por vía de tutela.

1.2. Fundamento de la pretensión.

La accionante fundamenta su pretensión con las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

1.2.1. La señora Cecilia María Teresa Chaves Vela, nacida el 4 de diciembre de 19442 y quien trabajó para el Hospital de la Misericordia de Bogotá por más de 25 años, entre el 1° de

octubre de 1972 y el 9 de diciembre de 1997, inició demanda ordinaria laboral que cursó ante el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, para obtener del Hospital el reconocimiento y pago de las cotizaciones dejadas de efectuar a su favor por concepto de riesgos de invalidez, vejez y muerte ante el Instituto de Seguros Sociales durante ese periodo.

1.2.2. Indica la demandante que mediante oficio THO-815-06 del 12 de diciembre de 1996, el Hospital de la Misericordia reconoció que “no efectuó pago alguno al ISS por concepto de aportes a favor de la suscrita entre dichas fechas (910 semanas), y sólo vino a hacer aportes a mi nombre entre el 10 de diciembre de 1997 y el 4 de diciembre de 1999, como él mismo lo confiesa”.

1.2.3. Sostiene que en la actualidad recibe una pensión compartida entre el Hospital y el ISS, por cuanto el primero le reconoció el 10 de diciembre de 1997 la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 15 de la convención colectiva suscrita en el año de 1996, y el Instituto de Seguros Sociales, por su parte, mediante resolución No.2637 el 27 de febrero de 2003, le reconoció la pensión de vejez que fue calculada sobre 656 semanas cotizadas, con lo cual recibe en realidad “un monto muy inferior al que me correspondería si éste último hubiese cotizado las 910 semanas faltantes o remitiese al ISS el bono o título pensional correspondiente a dichas semanas a que se refiere el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.”

1.2.4. Afirma que dentro del proceso ordinario laboral que adelantó, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de enero de 2008, condenó al Hospital de la Misericordia, a realizar, previo calculo actuarial, los aportes al ISS de la demandante, por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 y el 19 de abril de 1988, por considerar que “No obstante la pensión concedida a la actora, no fue una de carácter legal, sino una pactada en convención colectiva, como resultado de la negociación entre el sindicato y el empleador, La existencia de esta prestación cuya fuente es la norma convencional, de ninguna manera eximía al empleador de su obligación legal de efectuar la afiliación y realizar los aportes.” (Negrilla del texto original)

1.2.5. Manifiesta que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 29 de agosto de 2008 revocó el fallo de primera instancia proferido dentro del

proceso ordinario laboral, por considerar que el Hospital no debe reconocerle ningún otro derecho ni indemnización puesto que le otorgó la pensión convencional y además por cuanto le paga la suma de \$113.071 mensuales que corresponden a la diferencia entre las pensiones compartidas.

1.2.6. Considera la demandante que los dos pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los que se basó el Tribunal para revocar el fallo, antes que perjudicarla la favorecen por cuanto en el radicado No.13242, en forma clara sanciona al empleador que omita su deber de hacer los aportes a la seguridad social obligándolo a indemnizar los perjuicios causados, equivalentes al mayor valor de la pensión que por tal omisión deja de recibir el pensionado o incluso al valor de la misma. Y en el otro pronunciamiento, que trata de la no coexistencia entre la pensión a cargo de la empresa y la de vejez del ISS, se equivoca el Tribunal al creer que “la ausencia de cotizaciones por parte de la entidad empleadora no se puede entender compensada con el otorgamiento de una pensión convencional inferior a la pensión de jubilación prevista en la ley”, por cuanto con ello se viola su derecho fundamental consagrado en el artículo 53 de la Constitución, que prevé la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales de modo que ni los contratos individuales ni las convenciones colectivas pueden menoscabar los derechos de los trabajadores.

1.2.7. Por último afirma que el apoderado que la representó judicialmente en el proceso ordinario, no le informó oportunamente de la revocatoria de la decisión que la favorecía y sólo vino a enterarse el 2 de junio de 2009, día en que su apoderado sustituto le dejó copia en su residencia.

2. Respuesta de las entidades vinculadas.

2.1. Instituto de Seguros Sociales

El Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales dio respuesta a la acción de tutela en escrito del 26 de junio de 2009, en el que solicitó se declare improcedente la acción interpuesta, con base en los siguientes argumentos:

2.1.1. Sostiene que la acción de tutela contra providencia judicial es excepcional y sólo es procedente cuando el juez ha incurrido en una vía de hecho y cuando existe otro mecanismo

de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados.

2.1.2. Precisa que en su criterio el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, es legal y conforme a derecho, puesto que se basó en el principio de la autonomía judicial que faculta al juez de conocimiento para que de manera independiente adopte la decisión con base en la valoración de las pruebas, sin que sea aceptable la injerencia de personas extrañas al juez que cuestionen el proceder judicial.

2.1.3. Con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, afirma que de manera excepcional la acción de tutela procede cuando la decisión judicial constituya una vía de hecho por alguno de los defectos definidos jurisprudencialmente o concurren los elementos que configuren un perjuicio irremediable, condiciones éstas que no fueron demostradas por la accionante.

2.1.4. Por último sostiene que no existe documento ni actuación de la parte accionante, que demuestre que dentro del proceso ordinario laboral se haya interpuesto el recurso extraordinario de casación contra la providencia de segunda instancia.

2.2. Fundación Hospital de la Misericordia.

La Gerente de Talento Humano de la Fundación del Hospital de la Misericordia, mediante comunicación recibida ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 30 de junio de 2009, se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que la sentencia cuestionada por vía de tutela, se ajusta a derecho y no vulnera derecho fundamental alguno, por cuanto el Tribunal argumentó suficientemente los fundamentos legales con base en los cuales revocó el fallo de primera instancia y resolvió absolver al Hospital del pago de las cotizaciones reclamadas.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

3.1. Decisión de primera instancia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.4

Mediante sentencia del 1º de julio de 2009, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, negó la tutela tras considerar su improcedencia contra sentencias judiciales

atendiendo los principios de la cosa juzgada, la independencia y autonomía de los jueces y además por ausencia de base normativa, aunque precisa que esta carencia ha sido morigerada por una nueva postura jurisprudencial según la cual resulta admisible cuando excepcionalmente sean vulnerados derechos fundamentales a la luz de reglas de interpretación que se acompañen con la aplicación de los valores y principios constitucionales cuya ponderación no afecte su núcleo esencial ni la independencia de los jueces. Adicionalmente consideró la Corte que la actora contaba con otro mecanismo de defensa judicial que no agotó al dejar vencer la oportunidad procesal para interponer el recurso extraordinario de casación y no utilizar la herramienta constitucional para revivir etapas procesales vencidas.⁵

3.2. Impugnación⁶.

La accionante impugnó el fallo de primera instancia, mediante escrito en el que explicó de la siguiente forma, la razón por la cual no pudo interponer el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia que le fue adversa: “La verdad es que en la segunda instancia yo me quede sin apoderado, según consta en el proceso laboral que fue remitido en préstamo para el trámite de esta tutela, de manera que no pude ejercitar mi derecho de defensa, pues mi apoderado el doctor Oscar Andrés López en una segunda ocasión sustituyó el poder, y en aquella ocasión al sustituto doctor Santiago Gutiérrez no se le reconoció personería, quedándome sin quien presentara mi alegato de conclusión en segunda instancia, como lo hizo constar en el expediente la misma Secretaría.”

3.3. Decisión de segunda instancia proferida por la Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia⁷.

Mediante fallo proferido el 20 de agosto de 2009, la Sala de Decisión Penal de Tutelas, confirmó la sentencia de primera instancia al considerar la improcedencia de la solicitud de amparo por estimar que no es cierto que la autoridad judicial accionada haya incurrido en una vía de hecho y desconocido los derechos de la accionante, toda vez que el pronunciamiento del Tribunal lejos de ser catalogado como arbitrario o caprichoso, se apoyó de manera razonada en una decisión proferida en un caso similar por la Corte Suprema de Justicia, en el acervo probatorio y en normas vigentes, según las cuales no hay lugar al reconocimiento y pago de las cotizaciones reclamadas por cuanto la pensión de carácter

extralegal suplió la ausencia de las mencionadas cotizaciones.

Adicionalmente consideró la improcedencia de la acción por dejar vencer la oportunidad que tenía para interponer el recurso extraordinario de casación, no siendo viable entonces, “pretender enmendar la negligente y despreocupada postura procesal que adoptó en su momento”, olvidando que este trámite constitucional no es una tercera instancia, ni una jurisdicción paralela a la establecida en el ordenamiento jurídico, ni mucho menos la última opción cuando se desechan los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para corregir posibles errores de los operadores judiciales. Concluye entonces, con apoyo en jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional que el principio de autonomía de la función jurisdiccional impide deslegitimar las decisiones judiciales por la simple circunstancia de no ser compartidas por quien formula el reproche, para pretender que en sede de tutela se efectúe una nueva valoración como si ese fuera el escenario natural para intentar imponer una posición particular.

4. Actuación cumplida por la Corte Constitucional.

4.1. Mediante Auto del 25 de noviembre de 2009, el Magistrado Sustanciador por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, solicitó al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el envío del “expediente del proceso ordinario laboral radicado No.0135-04, siendo demandante la señora Cecilia María Teresa Chaves Vela y demandado el Hospital de la Misericordia, que culminó con la sentencia del 29 de agosto de 2008 proferida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revocó la sentencia proferida el 28 de enero de 2008 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó a la demandada a realizar previo calculo actuarial los aportes al ISS por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 y el 19 de abril de 1988.”

4.2. La Secretaría General de la Corte Constitucional, informó por Auto del 2 de diciembre de 2009, que mediante oficio No.1480 recibido en esta Corporación el 30 de noviembre de 2009, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el expediente solicitado el cual consta de un cuaderno con 126 folios.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el Auto del 24 de septiembre de 2009 proferido por la Sala de Selección de Tutela Número Nueve de la Corte Constitucional.

2. El problema de constitucionalidad.

En la presente ocasión, corresponde determinar a la Sala si la acción de tutela interpuesta por la actora es el mecanismo idóneo para solicitar la revocatoria de la decisión judicial proferida en segunda instancia por la vía ordinaria que le negó la posibilidad de obtener de su empleador el pago al Instituto de Seguros Sociales de las cotizaciones dejadas de efectuar por un periodo de la relación laboral, con lo cual alega recibir una pensión de vejez compartida inferior a la que le correspondería de haberse cotizado las semanas faltantes.

Para resolver el anterior problema, la Sala Quinta de Revisión hará referencia a la reiterada jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, precisando los requisitos generales y específicos que esta Corporación ha señalado. Efectuado dicho estudio y sólo de ser procedente la acción, la Sala resolverá el caso concreto a la luz de: (i) las diferencias existentes entre las pensiones de jubilación y de vejez y los asuntos relacionados con la compartibilidad de las pensiones; y reiterará las reglas fijadas por la jurisprudencia de esta Corporación, sobre (ii) el derecho a la seguridad social en materia pensional y las principales características del sistema de pensiones; y (iii) los efectos de la mora patronal en el pago de aportes. Con base en los anteriores aspectos resolverá el caso concreto.

3. Consideraciones generales.

3.1. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1.1. De conformidad con la jurisprudencia trazada por esta Corporación, por regla general la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, es improcedente

contra providencias judiciales⁸. No obstante, en casos excepcionales la acción de tutela es pertinente, en la medida en que los derechos fundamentales se vean amenazados o vulnerados y concurran, además los requisitos generales y específicos de procedencia contra decisiones judiciales⁹.

3.1.2. En cuanto a los requisitos generales, la Corte Constitucional ha señalado los siguientes:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.”

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable¹⁰.”

“c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹¹.”

“d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹².”

“e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹³.”

“f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁴.”

3.1.3. Respecto de las causales especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se han precisado:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la

aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹⁵ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹⁶.

i. Violación directa de la Constitución.”

Conclusión.

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar que las causales generales de procedibilidad de la acción de tutela se orientan a asegurar el principio de subsidiaridad de la tutela, mientras que las de carácter específico se dirigen concretamente a los defectos de las actuaciones judiciales en si misma consideradas.

3.2. La pensión de jubilación (legal o convencional), la pensión de vejez y la compartibilidad de las pensiones, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993

3.2.1. En la sentencia C-1255 de 2001¹⁷, la Corte Constitucional precisó que antes de entrar

en vigencia la Ley 100 de 1993, que consagra el Sistema General de Pensiones, las expresiones de jubilación y vejez se utilizaban para referirse a las pensiones adquiridas en virtud del cumplimiento de los requisitos previstos en la normas. Se otorgaban a: (i) los empleados oficiales, cuyo reconocimiento le correspondía a la Caja Nacional de Previsión -Cajanal o a otras cajas especiales de previsión; y a (ii) los trabajadores privados, cuyos derechos fueran reconocidos directamente por las empresas empleadoras o por cajas especiales.

3.2.2. Para los empleados públicos, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, establecía como requisito para obtener la pensión mensual vitalicia de jubilación, que equivalía al 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, el cumplimiento de 20 años de servicios continuos o discontinuos y la edad de 55 años. La norma disponía:

“ARTICULO 1o. 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.”

3.2.3. En el caso de los trabajadores privados, el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, establecía una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de salarios devengados en el último año de servicio, a cargo del empleador cuya empresa tuviera un capital mayor a \$800.000, quien debía reconocer y pagar a aquellos que llegaran a la edad de 50 años, si era mujer, o a los 55 años de edad, si era hombre, y cumplieran 20 años de servicios continuos o discontinuos. El artículo mencionado estipulaba:

“ARTICULO 260. DERECHO A LA PENSION. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del

promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.” (...).

3.2.4. Por su parte, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, estableció que el Instituto de Seguros Sociales reconocería y pagaría una pensión de vejez a quienes llegaren a la edad de 55 años, en el caso de las mujeres, y de 60 años, para los hombres, siempre que hubiesen cotizado 500 semanas en los últimos 20 años previos al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas en cualquier tiempo. El Acuerdo disponía lo siguiente:

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

3.2.5. La anterior disposición, también estipuló la “compartibilidad” de las pensiones entre el patrono y el Instituto de Seguros Sociales para las pensiones que el patrono reconociera a sus trabajadores sea de carácter legal (artículo 16), por sanción ante el despido injusto (artículo 17) o para las extralegales (artículo 18) por convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente. El empleador deberá seguir realizando los aportes de seguridad social en pensiones al ISS, hasta que el trabajador cumpla con los requisitos de ley para el reconocimiento de la pensión de vejez a la que tiene derecho el pensionado. El reconocimiento que hace el ISS por pensión de vejez libera al empleador de pagar la pensión de jubilación, pero si el valor de la pensión que otorgó el ISS es menor al valor que el empleador reconoció como pensión extralegal, estará a cargo del empleador el mayor valor que reconoció. Tratándose de compartibilidad de pensiones extralegales de que trata el caso que ocupa la atención de esta Sala de Revisión, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 dispone:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo

arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. // PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”

Conclusión

De lo anterior, puede concluir esta Corporación que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 en materia de pensiones, la expresión pensión de jubilación, tenía relación con las prestaciones reconocidas a: (i) los empleados públicos, cuyos derechos pensionales eran reconocidos y pagados por Cajanal, por cajas especiales; o a (ii) los trabajadores privados cuyas pensiones eran reconocidas y pagadas por sus empleadores, siempre que cumplieran con los requisitos exigidos que hacían referencia específicamente al “tiempo de servicio”, mientras que la expresión pensión de vejez, era un término relacionado con las prestaciones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales a los trabajadores privados afiliados a él y cuyos requisitos hacían referencia a “semanas cotizadas”, que era el sistema de computo previsto en las normas. En los casos de reconocimiento de las pensiones de jubilación legales, extralegales o las originadas en el despido injusto, el ordenamiento legal prevé el sistema de la compartibilidad de pensiones entre los patronos y el ISS, una vez se cumplan los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez, con lo cual se libera al empleador del cumplimiento de esta obligación.

Con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, fueron derogados los anteriores ordenamientos legales, quedando vigentes solamente para quienes fueran beneficiarios del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la misma ley. De esta forma el sistema de pensiones se unificó para los trabajadores públicos y privados, y a partir de su entrada en vigor la contingencia de la vejez sería cubierta por una prestación que en todos los casos se denomina pensión de vejez, sin considerar si se trata de empleados públicos o de trabajadores privados, desapareciendo con ello del ordenamiento

jurídico colombiano en la materia de pensiones la expresión pensión de jubilación.

3.3. Derecho a la seguridad social en materia pensional y las características del Sistema General de Pensiones.

3.3.1. El artículo 48 de la C.P., establece la seguridad social como un servicio público que se presta a todos los habitantes del país, “bajo la dirección, coordinación y control del Estado”, que debe responder a los “principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. El artículo 53 de la Carta, dispone que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, y el artículo 46 Superior garantiza la protección y asistencia a personas de la tercera edad. Adicionalmente, los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional con el artículo 53 de la C.P., señalan que tratándose de trabajadores dependientes, la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad, la favorabilidad, la condición más benéfica, el principio pro-operario, la justicia social y la intangibilidad de la remuneración deben imperar.

Por ello, la persona que cumple con los requisitos exigidos para acceder a una pensión, ipso facto adquiere el status de jubilado y por consiguiente tiene un derecho adquirido al reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación. Así mismo, con el propósito de salvaguardar el derecho a la seguridad social en pensiones, la jurisprudencia ha insistido en el carácter de derecho subjetivo reclamable ante los funcionarios administrativos y judiciales.

3.3.2. El Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, se caracteriza por la afiliación obligatoria para los trabajadores dependientes e independientes (art. 13), durante la vigencia de la relación laboral, los afiliados y los empleadores deberán efectuar cotizaciones obligatorias (art. 17); el empleador será responsable del pago de los aportes de los trabajadores a su servicio y responderá por la totalidad del aporte aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador (art. 22) y corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro por el incumplimiento de las obligaciones del trabajador (arts. 23 y 24).

3.4. Inoponibilidad de la mora patronal para el reconocimiento de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

3.4.1. Este Tribunal, reiteradamente¹⁹, ha señalado la función que cumple el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en la protección efectiva de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de los adultos mayores. Ahora bien, para que surja la obligación de las entidades administradoras de pensiones de conceder esa acreencia, deben concurrir los requisitos de edad y monto de cotizaciones previstos por la Ley. Respecto de los aportes, la ley determina que para el caso de los trabajadores dependientes, éstos están conformados por los porcentajes que corresponde pagar tanto al empleado como al empleador. Aparte de lo anterior, a este último le corresponde descontar del salario del trabajador el porcentaje a su cargo y reportar el pago a la entidad administradora de pensiones a la que el trabajador se encuentre afiliado.²⁰

3.4.2. Pero qué ocurre ante el incumplimiento del empleador en el reporte del pago de aportes debidos, a las administradoras de pensiones? La falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama. La Corte ha sido clara en reiterar que, dado que la Ley 100 de 1993 otorga distintos mecanismos para que esas entidades efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes²¹. Sobre el particular cabe mencionar lo dicho en la sentencia T-923 de 2009, que a su vez reiteró lo sostenido en las sentencias T-106 de 2006 y T-1106 de 2003. Se dijo en dicha ocasión:

“El derecho a la seguridad social. El beneficiario de una pensión no debe sufrir las consecuencias de la negligencia de su empleador en el pago de aportes ni la irresponsabilidad de la administración en el cobro de los mismos.

(..)

De esta manera, cuando el empleador incurre en mora en el pago de los aportes a la entidad de seguridad social, corresponde a esta última proceder al cobro de las cotizaciones pendientes, incluso de manera coactiva si ello fuere necesario...

(...)

‘Es pues necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, en esta primera hipótesis, la Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el patrono cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros.

(..)

“Vistas así las cosas, y teniendo en cuenta que (...) el Seguro, no obstante la mora del patrono en materia de aportes por concepto de pensión, no tomó las medidas que la ley le brinda para conminarlo a cumplir con sus obligaciones y sin desconocer la reprochable actitud de la empresa demandada, no ve la Sala por qué deba la demandante correr con las consecuencias de las omisiones tanto del antiguo empleador como del Seguro Social.(...)”²²(Negrilla fuera del texto original).

3.4.3. Así, de no cumplir el empleador su obligación, la entidad de seguridad social debe utilizar los mecanismos judiciales procedentes para el cumplimiento de la misma, es decir las acciones de cobro constituyendo en mora al empleador e iniciando proceso ejecutivo u ordinario; y no podría llegar a desconocer un derecho adquirido, en este caso, la pensión de vejez, con el argumento de que el empleador no ha realizado el pago de los aportes. De lo contrario estaría alegando a su favor su negligencia, lo cual por ninguna razón puede ser imputable al trabajador, al haber cumplido con su obligación, siendo descontadas mes a mes las sumas dispuestas de su salario y “no resultando justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder [...]”²³.

Conclusión

La mora patronal en el pago de los aportes destinados a pensión no constituye motivo

suficiente para enervar el reconocimiento de la misma, dado que las entidades administradoras de pensiones cuentan con los instrumentos necesarios para realizar el cobro de las cotizaciones respectivas a los empleadores, para solucionar la eventualidad de la mora y para imponer las sanciones a que haya lugar. Y no les está permitido hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora de su empleador en el pago de aportes, toda vez que él es ajeno a tal situación.

4. El caso concreto.

De conformidad con lo expuesto en las anteriores consideraciones y a partir de las pruebas obrantes en el expediente, pasa la Sala a verificar en el caso concreto si se cumplieron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales:

4.1. El presente asunto reviste relevancia constitucional, puesto que la controversia relacionada con el reajuste pensional que pretende obtener la accionante por la vía de la revocatoria de la decisión judicial que negó el pago de las cotizaciones al ISS a cargo de su empleador, puede llegar a afectar los derechos fundamentales de su titular al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, de no contar con otra fuente de ingresos, lo que en principio amerita la intervención del juez constitucional.

4.2. A partir de los documentos que obran en el expediente, la actora agotó los medios de defensa judicial que tenía a su alcance para dirimir la controversia. La accionante acudió al proceso ordinario laboral el cual surtió las dos instancias. En relación con la presentación del recurso extraordinario de casación, si bien admite la actora no haberlo presentado, justifica su omisión en la inactividad de su abogado quien no presentó el alegato de conclusión en la segunda instancia, ni tampoco interpuso el recurso de Casación. A juicio de la Sala, tal omisión se considera justificada, puesto que resulta desproporcionado atribuirle por este hecho falta de cuidado o diligencia en su actuación para derivar de allí el no cumplimiento de esta exigencia, toda vez que las razones esgrimidas para no haberse agotado dicho mecanismo judicial que tenía a su alcance, le son ajenas y por ende no se le pueden imputar falta de cuidado o desidia en sus propios asuntos.

4.3. En el presente caso, la Sala constata que la providencia judicial cuya revocatoria se pretende por esta vía, afecta el derecho al mínimo vital de la actora, pues la falta de las cotizaciones reclamadas incide en el monto de su pensión, situación que releva a la actora de

agotar todas las instancias judiciales, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una mujer de 65 años de edad, que tiene su capacidad laboral disminuida y que si bien recibe una pensión de vejez compartida, su valor equivale tan solo a un poco más del salario mínimo legal vigente para la época,²⁴ con lo cual se ve afectada su dignidad humana.

4.4. Respecto del requisito relacionado con la inmediatez en cuanto a la presentación de la tutela en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, la Sala considera que se cumple, pues a pesar de que la sentencia ordinaria atacada fue proferida el 29 de agosto de 2008 y la tutela fue interpuesta hasta el 16 de junio de 2009, pasados diez meses, según sus propias afirmaciones realizadas en el escrito de demanda, esto obedeció al hecho de haber conocido el contenido del fallo por conducto de su abogado hasta el 2 de junio de 2009. Por lo anterior, es claro que la acción se inició 14 días después de que tuvo conocimiento de la decisión.

4.5. La presente acción está encaminada a controvertir una providencia judicial que le ha negado a la actora la posibilidad de obtener de su empleador las cotizaciones debidas al ISS y por esa vía el reajuste pensional. Así, este requisito para que sea procedente la acción de tutela también se encuentra cumplido, puesto que no se dirige a cuestionar otros fallos de tutela que se hubiesen fallado con anterioridad ni que hubiesen tratado sobre los mismos hechos.

4.6. Verificado el cumplimiento de las causales genéricas, pasa la Sala a examinar si se configura una causal específica de procedibilidad de la acción contra la providencia judicial, por la existencia de un defecto que demuestre que el juez ordinario ha vulnerado los derechos fundamentales de la demandante a través de la sentencia proferida dentro del proceso ordinario laboral.

Sobre el particular la Sala determinará si la Sentencia proferida el 29 de agosto de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante la cual absolvió al Hospital de la Misericordia de la pretensión del pago de las cotizaciones en pensiones por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 y el 1° de abril de 1988, incurrió en un defecto material o sustantivo, por encontrar que la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable o bien por haberse apartado de los precedentes o sin

argumentar debidamente la decisión o bien, por que su discrecionalidad interpretativa se desbordó en perjuicio de los derechos fundamentales de la accionante.

4.7. Para tal efecto, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se determinará la situación pensional particular de la actora, y posteriormente se señalarán los argumentos del Tribunal al proferir la sentencia.

4.7.1. La señora Cecilia María Teresa Chaves Vela, nacida el 4 de diciembre de 1944, quien en la actualidad cuenta con 65 años de edad, trabajó para la Fundación Hospital de la Misericordia por espacio de 25 años, 2 meses y 8 días, del 1° de octubre de 1972 al 10 de diciembre de 1997, fecha ésta última en que su empleador le reconoció la pensión de jubilación convencional compartida con la de vejez del ISS, en los términos del artículo 15 de la convención colectiva, por reunir los requisitos allí establecidos, puesto que a la fecha de afiliación al ISS (19 de abril de 1988) tenía 10 años pero menos de 20 años de servicios continuos al Hospital.²⁵

4.7.3. La Fundación Hospital de la Misericordia, reconoce no haber efectuado las cotizaciones por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 - fecha en que ingresó a trabajar al Hospital - y el 19 de abril de 1988.²⁸ - fecha en que el Hospital la afilió al ISS -, que según la actora equivalen a 910 semanas de cotización.

4.7.4. Según el reporte de semanas cotizadas del ISS por el periodo 1967 a 1984²⁹, figuran a nombre de la demandante, además de las semanas de cotización realizadas por el Hospital a partir del 20 de abril de 1988, semanas de cotización de 1984 a 1986, con la empresa Cafam y con la institución Fundación Desarrollo comunitario, equivalentes a 1188 días.

4.7.5. Mediante sentencia proferida el 28 de enero de 2008, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la accionante contra el Hospital, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada a realizar los aportes reclamados al ISS, argumentando que la pensión convencional de manera alguna eximía al empleador de la obligación de realizar los aportes. Sostiene que es posible ordenar este pago, con fundamento en lo dispuesto en el

artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que a la demandante “se le reconoció la pensión con base en la Ley 100 de 1993”. 30

En relación con las consideraciones de esta decisión judicial, la Sala debe precisar que tal como lo reconoció el ISS en la Resolución No.2637 del 27 de febrero de 2003, la peticionaria, nacida el 4 de diciembre de 1944, es beneficiaria del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, razón por la cual la norma aplicable para el otorgamiento de la pensión de vejez es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y no las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como lo afirma el fallador.

4.7.6. Mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2008, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la decisión de primera instancia, absolviendo a la demandada de la pretensión de pago de las cotizaciones reclamadas.

Explicó el Tribunal, con apoyo en dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia que: (i) la pensión extralegal reconocida a la demandante con base en el artículo 15 de la convención colectiva “suplió la ausencia de cotizaciones” en el periodo reclamado, no siendo procedente su pago “pues al no cotizar en pensiones, la demandada asumió por su propia cuenta el riesgo y concedió pensión de jubilación extralegal a la actora hasta el momento en que el ISS concediera la respectiva pensión de vejez de carácter legal, asumiendo de allí en adelante sólo el mayor valor (...)”; (ii) ante la ausencia de cotizaciones “solo se le da al trabajador, la acción de pedir la indemnización de perjuicios a su favor por el incumplimiento del empleador en las cotizaciones al ISS cuando las mismas sucedieron antes del Decreto 2665 de del (sic) 31 de diciembre de 1988, si ellas ocurrieron con posterioridad se debe pagar por parte del empleador la pensión que hubiere ocurrido de haber mediado las cotizaciones al ISS.”

4.7.7. Para sustentar la primera de las afirmaciones, citó el siguiente aparte de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 18 de agosto de 2004, radicado 22253, M.P. Camilo Tarquino Gallego:

“Ahora bien, el hecho de que la empresa hubiere dejado de cotizar por todo el tiempo establecido en los reglamentos del ISS, como lo exponen los dos primeros yerros que le imputa la censura al Tribunal, no genera la compatibilidad entre la pensión a cargo de la

empresa y la de vejez del ISS, pues la consecuencia jurídica de que se hubieran hecho o no, en este caso que todo el tiempo se cotizó con un mismo empleador, es, a lo sumo, que no se hubiere presentado la subrogación por la entidad de previsión social, o que ésta se hubiere dado por un menor valor, que de todas maneras, asume la entidad subrogada, pues mayor va a ser la diferencia que debe cubrir entre ambas pensiones. Pero, de ninguna manera, en la hipótesis planteada, es susceptible que se presentaran dos pensiones a favor del trabajador, por lo que, en ningún yerro incurrió el Tribunal.”

Nótese que esta argumentación en lugar de sustentar las afirmaciones del Tribunal relacionadas con la suplencia de las cotizaciones en virtud del reconocimiento de la pensión convencional a cargo del Hospital, reafirman las consideraciones de la demandante para reclamar las cotizaciones. En efecto, dice la Corte en el fallo citado, que la ausencia de cotizaciones no genera la compatibilidad de las pensiones, sino que impide la subrogación de la pensión por el ISS o que la pensión se de por un menor valor, situación que precisamente se presenta respecto de la pensión de la demandante y que constituye la razón por la cual se encuentra reclamando por la vía ordinaria el reconocimiento de las semanas dejadas de cotizar, puesto que con ellas incrementa el monto de la pensión de vejez reconocida por el ISS y por ende disminuye la diferencia que debe cubrir el Hospital.

Con relación al monto de la pensión de vejez, cabe destacar que el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 determina la forma como se integra ésta pensión. A saber:

II. PENSION DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

En este orden de ideas, puede concluirse que el número de semanas cotizadas influyen en el monto de la pensión de vejez reconocida.

4.7.8. Para sustentar la segunda afirmación, citó el siguiente aparte de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 18 de agosto de 2004, radicado 22253, M.P. Camilo Tarquino Gallego:

“Y si bien es indiscutible que el demandado, independientemente que en el ejercicio de su profesión de médico para lo cual ocupaba los servicios de la actora, tuviera o no la condición de empresa, tenía la obligación de inscribir a la trabajadora al Instituto de los Seguros Sociales para el riesgo de vejez, precisa la Corte, que la consecuencia de esa omisión, como lo expresa la censura, no consiste en imponerle al empleador la obligación de pagar la pensión de jubilación que prevé el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, sino lo que se ha puntualizado por la Corporación a través de los fallos que rememora el ataque: sentencias del 24 de mayo de 1990 y febrero 13 de 1991, radicación 3546 y 4114, respectivamente, y más recientemente en sentencia de septiembre 6 de 1998, radicación 10143, o sea, el incumplimiento en la inscripción del trabajador a la seguridad social, antes de la vigencia del decreto 2665 de 1988, legitimaba al trabajador a reclamar la indemnización de perjuicios que se originara por tal omisión y, después de que empezó a regir esa normatividad, el empleador es responsable directo de aquellas prestaciones que le hubiesen correspondido por esa institución de seguridad social de haberse producido su afiliación.’ (Rad 13242). (Subraya ahora la Sala)”.

Indicar con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que a partir de lo dispuesto en el Decreto 2665 de 1988, la ausencia de cotizaciones le otorga al trabajador la acción de pedir la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del empleador y que además hace que surja la obligación para el empleador de pagar la pensión cosa que hizo con la pensión convencional, constituye una interpretación caprichosa y arbitraria del juzgador, toda vez que contraría claros preceptos constitucionales y legales y además la propia jurisprudencia de la alta Corporación que en fallo adoptado el 22 de julio de 2008, rectificó expresamente una larga tradición jurisprudencial de exonerar de responsabilidad a las administradoras de pensiones en el caso de mora del empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social. En los siguientes términos se pronunció la Corte Suprema de Justicia:

“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado.

En el caso de las entidades del régimen de prima media, pueden proceder al cobro coactivo para hacer efectivos sus créditos; los artículos 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994 establecen el requerimiento previo, mediante comunicación escrita dirigida al empleador, como procedimiento en mora por el pago de los aportes a la seguridad social; y si dentro de los quince días siguientes al aviso no se pronuncia el empleador, señalan las normas aludidas, se procede a efectuar la liquidación, la cual presta mérito ejecutivo cuando se trate de administradoras del régimen solidario de prima media.

Por lo demás, para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.”³¹

4.8. De la aplicación de las reglas jurisprudenciales estudiadas en las consideraciones de esta providencia relacionadas con la obligatoriedad del empleador de afiliar a sus trabajadores y efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, así como las relacionadas con la

inoponibilidad de la mora del empleador en el pago de las cotizaciones, se tiene que la providencia judicial controvertida mediante la cual revocó la decisión de primera instancia incurrió en un defecto material o sustantivo, al interpretar indebidamente las disposiciones del sistema de seguridad social en pensiones y desconocer claros precedentes jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia.

Los pronunciamientos del Tribunal contrarían las disposiciones consagradas en los artículos 48 y 53 de la Carta y las estipuladas en la Ley 100 de 1993 en materia de seguridad social que determinan que la regla general es la obligatoriedad de la afiliación y de las cotizaciones, como uno de los requisitos, además de la edad, indispensables para el reconocimiento de los derechos pensionales, y que la mora patronal en el pago de aportes o la ausencia de los mismos, no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento o el reajuste de la pensión, como en este caso.

4.9. Sostener como lo hizo el Tribunal que la pensión convencional reconocida a la demandante suplió la ausencia de cotizaciones durante el periodo reclamado, no constituye razón válida, ni resulta constitucionalmente admisible para negar el pago de las cotizaciones dejadas de efectuar, toda vez que siendo forzosa la afiliación de los trabajadores al ISS desde el año de 1967, el Hospital no se encontraba exento de tal obligación y por tanto ha debido afiliarla y pagar las cotizaciones al ISS desde el inicio de la relación laboral - 1° de octubre de 1972 - y no a partir del 20 de abril de 1988.

4.10. Como lo ha precisado esta Corporación, no se puede imputar al trabajador el no pago o el pago extemporáneo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, teniendo en cuenta como ya se dijo, que es deber del empleador realizar dicho pago. En caso de no hacerlo, es obligación de la entidad prestadora de pensiones poner en funcionamiento las herramientas que el sistema jurídico le otorga para obtener el pago de las cotizaciones adeudadas, las cuales se entienden obligatorias por todo el término de duración de la relación laboral.

4.11. Por lo anterior, la Sala estima que la decisión judicial de la justicia ordinaria desconoció el derecho constitucional de la accionante al reajuste del valor de la pensión de vejez reconocida por el ISS y compartida con la Fundación Hospital de la Misericordia. En

consecuencia (i) se concederá el amparo solicitado, para lo cual se revocará la sentencia de tutela proferida el 20 de agosto de 2009 por la Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo proferido el 1° de julio de 2009 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el cual negó la tutela presentada por la señora Cecilia María Teresa Chaves Vela; (ii) se revocará la sentencia proferida el 29 de agosto de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que revocó el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de enero de 2009 por el Juzgado Diecinueve Laboral de Circuito de Bogotá, que condenó a la demandada Fundación Hospital de la Misericordia a realizar previo calculo actuarial los aportes del ISS a favor de la demandante por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 y el 19 de abril de 1988; y como consecuencia de lo anterior (iii) teniendo en cuenta que la responsabilidad de cobro de las cotizaciones recae sobre la entidad administradora de pensiones, se ordenará al ISS que realice el reajuste del monto de la pensión de vejez compartida reconocida mediante Resolución No.2637 del 27 de febrero de 2003 a la señora Cecilia María Teresa Chaves Vela, teniendo en cuenta para ello todas las semanas de cotización que aparezcan reportadas al ISS, así como las semanas de cotización correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972, fecha de ingreso a la entidad y el 19 de abril de 1988 fecha de afiliación al ISS por parte de la Fundación Hospital de la Misericordia, las cuales deberán ser computadas a las 656 semanas cotizadas que ya fueron reconocidas por el ISS.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias de tutela proferidas por la Sala de Decisión Penal de Tutelas de la Corte Suprema de Justicia, el 20 de agosto de 2009 y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 1° de julio de 2009. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos al debido proceso, la seguridad social, mínimo vital y vida digna a la señora Cecilia María Teresa Chaves Vela, en la acción de tutela instaurada contra el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral-.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, REVOCAR la sentencia proferida el 29 de

agosto de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral iniciado por la señora Cecilia María Teresa Chaves Vela contra la Fundación Hospital de la Misericordia, que revocó el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de enero de 2009 por el Juzgado Diecinueve Laboral de Circuito de Bogotá, que condenó a la demandada Fundación Hospital de la Misericordia a realizar previo calculo actuarial los aportes del ISS a favor de la demandante por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972 y el 19 de abril de 1988.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, expida un acto administrativo mediante el cual resuelva sobre el reajuste al monto de la pensión de vejez compartida reconocida a la señora Cecilia Teresa Chaves Vela mediante resolución No. 2637 del 27 de febrero de 2003, teniendo en cuenta para ello todas las semanas de cotización que aparezcan reportadas al ISS, así como las semanas de cotización correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1972, fecha de ingreso al Hospital y el 19 de abril de 1988 fecha de afiliación al ISS por parte de la Fundación Hospital de la Misericordia, las cuales deberán ser computadas a las 656 semanas cotizadas que ya fueron reconocidas por el ISS.

Cuarto:- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada por la señora Cecilia María Teresa Chaves Vela, el 16 de junio de 2009. Ver folios 1 a 5 del cuaderno #1.

2 A la fecha de presentación de la acción de tutela, 16 de junio de 2009, la accionante tenía 65 años de edad.

3 Ver folios 16 a 21 del cuaderno # 1.

4 Ver folios 26 a 33 del cuaderno # 2.

5 El fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contó con aclaración de voto de uno de sus magistrados, al considerar de manera categórica que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales.

6 Ver folios 65 y 66 del cuaderno #2.

7 Ver folios 3 a 15 del cuaderno # 3.

8 Sobre el tema de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales se pueden consultar entre muchas otras las Sentencias T-054 de 2007, T-683 de 2006, T-519 de 2006, T-332 de 2006, T-254 de 2004, T-212 de 2006, T-811 de 2005, T-1317 de 2005, T-1222 de 2005 y C-590 de 2005.

9 Ver entre otras las sentencias C-590 de 2005 y T-129 de 2008.

10 Sentencia T-504 de 2000.

11 Sentencia T-315 de 2005.

12 Sentencias T-08 de 1998 y SU-159 de 2000.

13 Sentencia T-658 de 1998.

14 Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

15 Sentencia T-522 de 2001.

16 Sentencias T-462 de 2003, SU-1184 de 2001 y T-1031 de 2001.

17 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, reiterada en la sentencia T-1233 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

18 El acuerdo 049 de 1990, derogó en su integridad el acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985. La mencionada disposición establece:

19 Entre otras, las sentencias T-106 de 2006, C-177 de 1998, SU-430 de 1998, SU-1354 de 2000, T-1011 de 2004 y T-631 de 2002,

20 Artículos 17 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

21 Ver entre otras las sentencia T-106/06, T-363/98, T-165/03.

22 En este caso se concedió el amparo del derecho a la salud en conexidad con la vida y se le ordenó al I.S.S. reconocer, en caso de que se reunieran las condiciones legales, la pensión que le permitiera al actor continuar con el tratamiento, pudiendo repetir contra la Empresa Binner S.A. las sumas correspondientes a los aportes adeudados.

23 Sentencia T-284 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

24 Ver certificación expedida por la Coordinadora de Talento Humano del Hospital de la Misericordia, de fecha 13 de mayo de 2003 (folio 38 del expediente del proceso ordinario laboral), en la que consta que el valor de la pensión para esa fecha era de \$445.071 y el salario mínimo en el año 2003 ascendía a la suma de \$332.000.00.

25 La norma estipulaba lo siguiente: "ARTICULO QUINCE: PENSIÓN A CARGO DEL HOSPITAL PERO CON SUSTITUCIÓN A CARGO DEL ISS: Los trabajadores que a la fecha de su afiliación al I.S.S. tuvieren diez (10) años pero menos de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al HOSPITAL, tendrán derecho a la misma pensión de jubilación a que se refiere el artículo anterior pero dicha pensión será sustituida por la vejez, siempre y cuando el trabajador cumpla con los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos del

Instituto de Seguros Sociales, a partir de la fecha en que cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años de edad si es varón”.

26 El artículo 12 de la mencionada disposición establece lo siguiente: “ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y ,b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

27 Para el año 2003, el valor de la pensión reconocida por el Hospital era de \$445.07, (certificación obrante a folio 38 del expediente del proceso ordinario laboral), y la reconocida por el ISS era de \$332.000(fotocopia de la resolución No.2637 del 27 de febrero de 2003 proferida por el ISS, obrante a folio 37 del expediente del proceso ordinario laboral). Para el año 2006, la pensión compartida reconocida por el Hospital ascendía a \$133.192. (Ver folio 79 del expediente del proceso ordinario laboral).

28 Ver folio 79 del expediente del proceso ordinario laboral.

29 Ver folio 82 del expediente del proceso ordinario laboral.

30 Ver folio 98 del expediente del proceso ordinario laboral.

31 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Eduardo López Villegas, Radicado No.34270 de fecha 22 de julio de 2008.