

SENTENCIA T-1032/10

(Diciembre 10, Bogotá DC)

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento y pago de acreencias pensionales

INOPONIBILIDAD DE LA MORA PATRONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama una vez cumplidos los requisitos exigidos por la ley, por la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, desconoce un derecho adquirido, puesto que las entidades administradoras de pensiones tienen la facultad legal –y están en la obligación- de 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 conforme con lo establecido con la Ley 100 de 1993

DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CON RELACION A SOLICITUDES PENSIONALES/PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Caso en que el demandante solicita el amparo como mecanismo transitorio pero se le concede con carácter definitivo/DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ Y AUSENCIA DE COTIZACIONES-Caso en que las semanas faltantes no son imputables al actor ya que se demostró que tenía vínculo laboral vigente en esa época

Es necesario aclarar que pese a que el accionante solicita el amparo como mecanismo transitorio, la Sala determina que en virtud del principio de oficiosidad de la acción de tutela, el juez está llamado a proteger los derechos que encuentre amenazados o vulnerados bien sea de manera transitoria o principal de acuerdo con la situación fáctica y los elementos probatorios que se encuentran en el expediente. En el presente caso, la Sala encuentra que el tipo de orden a dar, por las razones que pasan a explicarse, no tiene carácter transitorio. Es cierto que, en principio, el accionante cuenta con las acciones ante la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, que, según el artículo 2 del numeral 4 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe conocer de “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”. Pero las circunstancias que se acaban de reseñar permiten al juez de tutela constatar que en el presente caso ha ocurrido una grave vulneración del debido proceso administrativo, que autoriza la intervención excepcional en sede de tutela. Como ya se explicó, está acreditado en el expediente que las pocas semanas de cotización que faltan para que el peticionario pueda acceder al derecho a la pensión se refieren a un período de tiempo en el que él tenía vínculo laboral vigente con un empleador que, por cierto, había cotizado todo el tiempo anterior, y siguió cotizando todo el tiempo posterior a dichas semanas

Referencia: Expediente T-2.753.705.

Accionante: Jairo Ballesteros Rodríguez.

Accionado: Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia.

Tema:

Derechos fundamentales invocados: igualdad, dignidad humana, seguridad social, mínimo vital y debido proceso.

Conducta que causa la vulneración: negativa del Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, en adelante “ISS” de otorgarle la pensión de vejez a la cual considera tiene derecho.

Pretensión: ordenar como mecanismo transitorio al Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia proferir un acto administrativo que reconozca la pensión de vejez, efectuándose los pagos de las mesadas correspondientes desde la fecha de la adquisición del estatus pensional.

Fallos de tutela objeto revisión: Tribunal Superior de Medellín Sala Penal del 28 de mayo de dos mil diez (2010), que confirmó el fallo del Juzgado 12 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 13 de abril de dos mil diez (2010).

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao

Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela.

1.1. Fundamentos de la pretensión:

1. El 12 de diciembre de 2007, el señor Jairo Ballesteros Rodríguez, luego de considerar cumplir con los requisitos exigidos por la ley para obtener la pensión de vejez, presentó la documentación correspondiente ante el ISS Seccional Antioquia.

1. Mediante resolución 015319 del 30 de mayo de 2008 el ISS1, negó la pensión de vejez al determinar que el solicitante no acreditó el requisito de tiempo exigido por alguno de los regímenes vigentes. Al respecto indicó:

Con base en los certificados laborales de entidades públicas allegados por el solicitante, se establece que el asegurado ha laborado como servidor público remunerado (sin cotización al ISS) durante el 11/2/1967 al 4/15/1970 con un total de 884 días correspondientes a 126.29 semanas en el sector público sin cotización al ISS.

Que el asegurado cotizó al ISS, antes del 1º de enero de 1995 un total de 6788 días que corresponden a 969.71 semanas cotizadas al ISS antes del 1º de enero de 1995. Además el asegurado no presenta cotizaciones al ISS después del 1º de enero de 1995, ni reporte de pagos, ni régimen subsidiado2.

Que el tiempo laborado en el sector público sin cotización al ISS genera la obligación a cargo de entidades públicas empleadoras o de la respectiva Caja de donde estuvo afiliado al trabajador, de concurrir en el pago de la pensión con CUOTA PARTE PENSIONAL a favor del ISS, para convalidar ese tiempo y poder tomarlo en cuenta al momento de definir la prestación a cargo del Instituto, según lo previsto en el Decreto 13 de 2001.

Que no se ha procedido a efectuar el trámite de CONSULTA DE CUOTA PARTE PENSIONAL, por las razones que seguidamente se exponen:

Que según el reporte de semanas proferido por el Departamento de Historia Laboral y Nómina Pensionados del ISS, se establece que el asegurado BALLESTEROS RODRIGUEZ ha cotizado al Instituto un total de 969.71 semanas.

Que sin perjuicio del trámite previo de CONSULTA DE CUOTA PARTE PENSIONAL, requerido en todos los casos y sólo para efectos de revelar en la presente solicitud el estado de la historia laboral del asegurado, se tomará en consideración el tiempo público sin cotización al ISS como si ya hubiese sido pagado el bono, para definir con base en todo el tiempo de servicios si el solicitante cumpliría requisitos de vejez, y cuál sería el posible régimen aplicable al asegurado.

Que sumado el tiempo laborado en el sector público sin cotización al ISS con las semanas cotizadas al ISS a través de diferentes empresas, arroja un total de 1096 semanas.

De lo que se deriva que el asegurado BALLESTEROS RODRIGUEZ no ajusta el tiempo requerido para la pensión de vejez por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, es decir, un mínimo de 1.100 semanas para el año 2007.

...Una vez establecido que el asegurado BALLESTEROS RODRIGUEZ es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se procedió a analizar el derecho conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, aplicable en transición para los afiliados al ISS, por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que exige tener 60 años o más si es hombre y 55 años si es mujer y 500 semanas pagadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad referida o 1000 semanas cotizadas en cualquier época, según lo dispuesto por el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, se establece que el asegurado tampoco acredita los requisitos para adquirir el derecho a la pensión por este régimen, toda vez que, como se expresó, anteriormente, solo acredita 969.71 semanas cotizadas al ISS.

Que también analizado el derecho conforme a lo establecido en la Ley 33 de 1985, aplicable en transición por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (según sentencias C-1056 de 2004 y 574 de 2004) para quienes a la entrada en vigencia del Sistema General de

Pensiones de la Ley 100 de 1993 tenían la calidad de servidores públicos, y que exige para el derecho a la pensión acreditar mínimo 20 años de servicios al estado y 55 años de edad, se establece que el asegurado tampoco acredita los requisitos para adquirir el derecho a la pensión por este régimen, toda vez que solo acredita un total de 2.46 años de servicios personales con el Estado.

Que el Acto legislativo No. 1 del 22 de julio de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, establece:

Que por lo anterior, para acceder a la pensión de vejez el asegurado deberá continuar cotizando hasta reunir los requisitos exigidos por el Decreto 758 de 1990, esto es 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo... O hasta reunir el tiempo exigido por el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003...Es decir 1100 semanas en cualquier tiempo... O podrá optar por recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

1.1.3. El 9 de julio de 2008, el accionante presentó recurso de reposición, resuelto mediante la resolución No. 021731 del 31 de julio de 2008³ que decidió no reponer la resolución recurrida⁴, al advertir que el petente solo acredita un total de 1096 semanas hasta el 30 de mayo de 1994, debiendo acreditar 1100 semanas entre lo laborado en el sector público sin aportes al ISS y lo cotizado directamente al ISS, o 500 semanas cotizadas directamente al ISS dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, es decir entre el 24 de enero de 1987 y el 24 de enero de 2007. Solo acredita en este último período de tiempo, un total de 222 semanas cotizadas directamente al ISS.

1.1.4. El accionante interpuso recurso de apelación, el cual se resolvió mediante resolución No. 006965 del 17 de marzo de 2009⁵. El ISS confirmó en todas sus partes la resolución No. 021731 del 31 de julio de 2008, reiterando que el peticionario solo ha acreditado un total de 1096 semanas, siendo su ultima cotización al sistema general de pensiones el día 30 de mayo de 1994, según se constata en su historial laboral. Por lo tanto, no hay lugar a reconocer su pensión, hasta tanto no reúna el número de semanas requeridas.

1.1.5. De la anterior resolución, que resolvió la apelación, se evidencia que en el periodo correspondiente al mes de enero de 1985⁶, fecha para la cual el actor laboraba con la

empresa Grünenthal Colombiana S.A.⁷, el empleador no cotizó al fondo de pensiones⁸.

1.1.6 Por lo anterior, el accionante elevó derecho de petición ante Grünenthal Colombiana S.A el día 18 de mayo y 8 de julio de 2009⁹, para que se corrigieran las inconsistencias. En respuesta del 25 de agosto de 2009¹⁰, la empresa manifestó: “que los documentos solicitados cuentan con más de veinte (20) años de antigüedad, razón por la cual ha sido bastante difícil su obtención por parte de la compañía, de cualquier manera se están realizando los trámites necesarios ante el ISS, con el fin de obtener copia de la plantilla de pago correspondiente al mes de enero de 1985”.

1.1.7. El peticionario interpuso acción de tutela el 24 de marzo de 2010, al considerar que ha cumplido con las 1100 semanas requeridas para obtener la pensión de vejez teniendo en cuenta las 1096 semanas reconocidas por el ISS y las 4.4 semanas faltantes que no fueron reportadas por la empresa Grünenthal Colombiana S.A. Adicionalmente, afirma que se encuentra desempleado y no cuenta con los recursos mínimos para sostener a su familia, conformada por su cónyuge y su hijo mayor de edad, los cuales depende económicamente de aquel¹¹.

2. Respuesta de la entidad accionada.

2.1 A pesar de que Juzgado 12 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, que avocó el conocimiento de la acción de tutela, dio traslado de la demanda el 26 de marzo de 2010 a la Doctora Norella Bella Díaz Agudelo, Gerente Seguro Social Pensiones, la entidad accionada no respondió.¹²

1. Decisiones objeto de revisión.

1. Primera Instancia (Sentencia del Juzgado 12 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 13 de abril de 2010.)

Niega por improcedente el amparo de los derechos invocados, al precisar que la tutela no fue creada para resolver prestaciones de índole económica, como es la pensión de vejez, lo cual

le corresponde a la vía ordinaria determinar. Más aún cuando el accionante, según pruebas aportadas al expediente y certificaciones laborales, acredita un total de 1096 semanas cotizadas, por lo cual no cumple con los requisitos exigidos por la normatividad que rige el caso para acceder a la pensión solicitada.¹³

3.2 Impugnación

El accionante manifiesta cumplir con cada uno de los requerimientos que la jurisprudencia constitucional considera necesarios para reconocer por vía de tutela la pensión de vejez, que el juez de primera instancia no valoró adecuadamente su condición de ser una persona de la tercera edad, a la cual se le esta vulnerando su mínimo vital. Además, la entidad accionada no dio respuesta a la acción de tutela de lo cual se presume la veracidad de los hechos manifestados.

Agrega que es beneficiario del régimen de transición y de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al momento de definir su solicitud, debe tenerse en cuenta todas las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de dicha ley, tanto al ISS como a las diferentes entidades del sector público y privado, con lo que suma 1100 semanas.

3.3 Segunda Instancia (Sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala Penal del 28 de mayo de 2010.)

Reiteró la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa y enumeró los presupuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para el eventual reconocimiento y pago de la pensión de vejez, los cuales, aplicados al caso concreto, no quedan demostrados. No existe en el expediente ningún elemento que permita inferir una vulneración al mínimo vital, ni la configuración de un perjuicio irremediable, que le impidan hacer uso de la vía idónea para el reconocimiento pensional que pretende.

1. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36 y en el auto del veinticinco de agosto de 2010 de la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de la Corte Constitucional.

1. Problema jurídico.

La Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, vulneró el derecho al debido proceso administrativo y, en consecuencia, el derecho a la seguridad social en pensiones del tutelante, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con el argumento de no haber acreditado el número de semanas exigidos en la Ley 797 de 2003 artículo 9, por existir una presunta mora en el pago de los aportes.

Con el propósito de resolver el anterior problema jurídico, la Sala analizará: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de derechos pensionales; (ii) la inoponibilidad de la mora patronal para el reconocimiento de la pensión de vejez; (iii) el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas relacionado con la solicitud de derechos pensionales; (v) finalmente resolverá el caso concreto.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en donde se enuncian una serie de requisitos que deben verificarse por parte del juez de tutela para que proceda el estudio sustancial de un caso relacionado con derechos pensionales.

En Sentencia T-621 de 2006, esta Corporación afirmó:

“Ante este cuestionamiento, la Sala advierte que el precedente jurisprudencial aplicable a la

materia demuestra que la negativa injustificada de la administración de reconocer una prestación social, en los casos en que están acreditados suficientemente los requisitos legales exigibles, vulnera los derechos fundamentales del afectado. Esta situación se hace más gravosa para los ciudadanos que reclamaban la pensión de jubilación, puesto que les impide acceder a los ingresos económicos que garantizarán su subsistencia. En ese sentido, obligar a hacer uso de los trámites contenciosos ordinarios, que para el caso colombiano son engorrosos y de larga duración, constituye una carga desproporcionada; ello en consideración que, como sucede en el presente evento, es ostensible el error en que incurre la entidad demandada.”

Y con mayor nivel de detalle, la Corte, en fallo más reciente, explicó las reglas sobre la viabilidad de reconocer derechos pensionales en sede de tutela, en los siguientes términos:

“...la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela cuando sea necesario analizar si la decisión en materia pensional que ha sido adoptada mediante una resolución, configura una vía de hecho que de lugar a la protección transitoria, o excepcionalmente definitiva, del derecho”¹⁴. Si bien la figura de la vía de hecho ha alcanzado un mayor desarrollo respecto de las decisiones judiciales, la Corte estima que también el acto administrativo que decide sobre el reconocimiento de un derecho pensional puede considerarse como tal, cuando vulnere las garantías que se desprenden del artículo 29 de la Constitución, que contempla que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Conforme con este dictado, la Corte ha afirmado que configuran vía de hecho los actos administrativos que debiendo “ser emitidos con estricto respeto al derecho al debido proceso¹⁵”, desconocen este derecho fundamental, o son proferidos de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico. Principalmente, adolecen de estos defectos aquellos actos que pretermiten, o inaplican total o parcialmente las normas que constituyen el régimen mediante el cual debe liquidarse el derecho a la pensión de una persona, en contravía de los principios de favorabilidad, primacía de lo sustancial, e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social.

Así las cosas, la Corte ha admitido el estudio de las solicitudes de tutela en las que el acto administrativo que define el reconocimiento de una pensión declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al estatus de pensionado, pero le niega el reconocimiento del derecho por razones de índole administrativa; o cuando “se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador¹⁶”

Por tratarse del análisis de la vulneración al derecho al debido proceso administrativo, la Corte ha indicado que dicho examen debe hacerse incluso de manera oficiosa, acudiendo para ello al deber que tiene el juez constitucional de brindar una protección integral a los derechos fundamentales cuya amenaza emerge de los hechos que constituyen el caso¹⁷.

Con base en lo anterior, la Sala considera procedente la acción de tutela en el presente caso, por los siguientes motivos: (i) esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que, en ciertos casos, “cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aún cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados.” ¹⁸ Esta situación se presenta en el caso concreto, puesto que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez se negó, bajo el argumento de estar acreditadas tan solo 1.096 semanas de las 1.100 requeridas por la Ley 797 de 2003 al no encontrarse reportado en la historia laboral del accionante el periodo correspondiente a enero de 1985. Este faltante de 4.4 semanas cotizadas, se debe a que el empleador Grünenthal Colombiana S.A, no reportó el pago en el periodo mencionado, lo cual no es atribuible al empleado, y (ii) el accionante es una persona que afirma no contar con los recursos mínimos para sostener a su familia, conformada por su cónyuge y su hijo, los cuales dependen económicamente de él.

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

La pensión de vejez hace parte de las pensiones establecidas por el sistema general de seguridad social y tiene como finalidad “garantizar a los trabajadores que, una vez llegados a cierta edad y tras haber prestado una labor durante un lapso temporal, podrán pasar al retiro sin que ello signifique la abrupta interrupción de sus ingresos, ni el desmejoramiento de su calidad de vida y la de su familia.” 19 Por lo tanto, su reconocimiento y pago, una vez cumplidos los requisitos previstos en la ley, constituye un mecanismo para proteger el mínimo vital de la persona pensionada, a partir del momento en que deja en principio de percibir ingresos como compensación por su trabajo.

El artículo 9 de la Ley 797 de 2003, consagró los requisitos para obtener la pensión de vejez, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

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

De lo anterior se deduce que una vez cumplidos con el requisito de edad y periodo de cotización establecido por la Ley, por parte del trabajador, las entidades administradoras de pensiones deben reconocer y pagar la pensión solicitada y no pueden negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho con el argumento del incumplimiento del empleador en el

pago de los aportes “pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual²⁰ y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad e imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder”²¹.

Esta Corporación se ha pronunciado con relación a las consecuencias constitucionales de la mora del empleador en materia pensional en la mora del empleador, de la siguiente manera²²:

“(…) el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgadle al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado.

En sentencia T-165 de 2003, se destacó, por su parte, la posibilidad que tienen las entidades administradoras de pensiones de hacer el cobro de las semanas de cotización, incluso de manera coactiva:

“Sea porque el empleador no descontó las semanas del salario del trabajador, o bien porque habiéndolas descontado, nunca las trasladó al Instituto, en todo caso, la responsabilidad por éstas semanas no recae sobre el actor. En efecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece como una obligación del patrono descontar los aportes del trabajador a la seguridad social del sueldo de cada mes, los cuales, -adicionados a los aportes patronales- deberán trasladarse a la Entidad Administradora de Pensiones.

(...)

Esto significa, entonces, que durante ese período, el Instituto de Seguros Sociales debió haber recibido y registrado en su sistema los aportes que mes a mes le debieron trasladar al Instituto, (...). Al no haber ocurrido así, es decir, al presentarse una mora patronal, el ISS debió haber procedido a cobrar las cotizaciones pendientes, inclusive, coactivamente”

En 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:

“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...

(...) 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.

(..) “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 (...)”.

En conclusión, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama una vez cumplidos los requisitos exigidos por la ley, por la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, desconoce un derecho adquirido, puesto que las entidades administradoras de pensiones tienen la facultad legal -y están en la obligación- de 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 conforme con lo establecido con la Ley 100 de 1993²³.

1. El derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas con relación a solicitudes pensionales.

La Constitución Política de 1991 estableció en el artículo 2024 el derecho fundamental al debido proceso, no solo en actuaciones judiciales sino administrativas, lo cual significa la sujeción de los procedimientos establecidos a los preceptos constitucionales y legales, para así garantizar, en el ámbito administrativo, la expedición de actos que no sean arbitrarios, ni contrarios al ordenamiento jurídico.

En términos generales, el debido proceso es “el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción...”²⁵

En sentencia T-632 de 2009, se reiteró que:

“...A pesar de que las autoridades administrativas se encuentran obligadas a observar el debido proceso y a respetar los derechos fundamentales de las personas, pueden, al expedir un acto administrativo, incurrir en vía de hecho cuando constriñen de manera arbitraria el ordenamiento jurídico y quebrantan derechos fundamentales. En tales casos, es viable su protección por medio de la acción de tutela, pues su desconocimiento u oposición manifiesta a las normas constitucionales o legales aplicables al caso, puede devenir en la violación o amenaza de los derechos fundamentales de los asociados”.

La jurisprudencia constitucional ha determinado dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

“ i. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de una pensión de jubilación se declara que el peticionario cumple con los requisitos establecidos por la ley para acceder al status de pensionado pero se le niega el reconocimiento del derecho por razones de trámite administrativo, por ejemplo la expedición del bono pensional.

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable.”²⁶ (Subrayado fuera del texto).

Finalmente, “la jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones, que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social”²⁷. (Subrayado fuera de texto).

1. Caso concreto.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala analizará en el presente caso si la negativa del ISS de reconocerle al accionante su pensión de vejez, bajo el argumento de no cumplir con las semanas de cotización requeridas por la falta de pago por parte del empleador de un período de cotización, vulnera el derecho al debido proceso administrativo, y, por tanto, el derecho a la seguridad social en pensiones del accionante.

El accionante, nacido en 1947, presentó el 12 de diciembre de 2007 solicitud ante el ISS para

obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada²⁸, al aparecer acreditadas dentro de su historial laboral tan sólo 1096 semanas de las 1.100 semanas establecidas por la Ley 797 de 2003.

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso de tutela, se puede presumir que el faltante de semanas, esto es, 4 semanas, se debe a una mora patronal, dado que para el mes de enero de 1985 el accionante se encontraba trabajando en la empresa Grünenthal Colombiana S.A.²⁹.

A folio 23 del expediente obra un cuadro de reporte de semanas cotizadas en pensiones respecto del accionante, donde queda claro que no se cotizaron las semanas correspondientes al mes de enero de 1985. Sin embargo, a folio 32 del expediente, aparece una certificación laboral, expedida a solicitud del propio ISS, suscrita por el Gerente de Recursos Humanos de la Empresa Grünenthal Colombiana S.A., en la que se afirma que el accionante estuvo cotizando al Seguro Social del 7 de abril de 1980 al 21 de mayo de 1986, sin interrupciones. Luego, la ausencia de cotizaciones en las semanas de enero de 1985 no son imputables al actor.

Es necesario aclarar que pese a que el accionante solicita el amparo como mecanismo transitorio, la Sala determina que en virtud del principio de oficiosidad de la acción de tutela, el juez está llamado a proteger los derechos que encuentre amenazados o vulnerados bien sea de manera transitoria o principal de acuerdo con la situación fáctica y los elementos probatorios que se encuentran en el expediente. En el presente caso, la Sala encuentra que el tipo de orden a dar, por las razones que pasan a explicarse, no tiene carácter transitorio.

Es cierto que, en principio, el accionante cuenta con las acciones ante la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, que, según el artículo 2 del numeral 4 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe conocer de “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”. Pero las circunstancias que se acaban de reseñar permiten al juez de tutela constatar que en el presente caso ha ocurrido una grave vulneración del debido proceso administrativo, que autoriza la intervención excepcional en sede de tutela.

Como ya se explicó, está acreditado en el expediente que las pocas semanas de cotización que faltan para que el peticionario pueda acceder al derecho a la pensión se refieren a un período de tiempo en el que él tenía vínculo laboral vigente con un empleador que, por cierto, había cotizado todo el tiempo anterior, y siguió cotizando todo el tiempo posterior a dichas semanas.

Teniendo en cuenta que el ISS guardó silencio respecto de los reclamos realizados por el accionante en la acción de tutela, por presunción de veracidad, se podría asegurar que el ISS sí tuvo conocimiento del periodo dejado de cotizar por el empleador, dado que el señor Ballesteros manifestó en la acción de tutela que “el Seguro Social, me indicó que el periodo correspondiente al mes de enero de 1985, no se reporta en mi historial laboral, generándose así un faltante de 4,4 semanas cotizadas, debido a que mi empleador Grunenthal Colombiana S.A., no reporto el pago, sin embargo el ISS incumplió sus obligaciones de cobro”³⁰.

Sin embargo, en esta ocasión, le corresponde al Seguro Social, acorde con la prueba del vínculo laboral para el momento de la no cotización, estudiar nuevamente el caso a la luz de lo dicho en esta sentencia, para verificar si efectivamente se cometió un error en el trámite administrativo del ISS al no tener en cuenta este mes no reportado en las cotizaciones, o si realmente el empleador dejó de cotizar dicho periodo. En aras de permitirle a la entidad administrativa hacer la valoración probatoria pertinente en el caso concreto, dado que de las pruebas aportadas al proceso no se puede concluir con exactitud cual es el derecho pensional del actor.

En todo caso, de tratarse de una mora patronal, como ya se expuso en las consideraciones anteriores (numeral 4), son las entidades administradoras de pensiones las que están en la obligación de utilizar las acciones de cobro, por la vía de constituir en mora al empleador y de iniciar el proceso ejecutivo u ordinario conforme con lo establecido con la Ley 100 de 1993, para obtener el pago de las cotizaciones por parte del empleador.

Los lineamientos jurisprudenciales acerca de la inoponibilidad de la mora patronal, deben ser aplicados por las entidades administradoras de pensiones, en este caso, por ISS. La negativa

al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante es injustificada, puesto que el ISS tenía conocimiento de la mora en los aportes en el período laboral comprendido entre el 1º de enero de 1985 y el 31 de enero de 1985, pues le informó al accionante³¹ la falta de cotización en ese período laboral, por parte de Grunenthal Colombiana S.A.

Con todo, el ISS debe constituir en mora al empleador, “con el propósito de 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. 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”³².

En conclusión, no puede el ISS negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante, con el argumento de la falta de cotización de un período laboral, puesto que se imputaría al empleado las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes, sobre todo cuando el trabajador tiene una expectativa legítima de que su empleador ha cumplido con su obligación de transferir los aportes a pensión.

1. Razón de la decisión.

2.

Por las razones expuestas, la Sala de Revisión considera que el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia, vulneró el derecho al debido proceso administrativo del accionante, puesto que una vez cumplidos los requisitos de edad y periodo de cotización establecidos por la ley, por parte del trabajador, las entidades administradoras de pensiones deben reconocer y pagar la pensión solicitada y no pueden negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho bajo el argumento del incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues como ya se expuso es la entidad administradora de pensiones, en este caso el ISS, a quien, si es el caso, le corresponde constituir en mora al empleador e iniciar los mecanismo judiciales

correspondientes.

Por tanto, la omisión por parte de la entidad demandada en el cobro de los aportes, no es una razón válida, ni constitucionalmente admisible, para no reconocer y ordenar el pago de la pensión de vejez que reclama el accionante.

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del Tribunal Superior de Medellín Sala Penal del 28 de mayo de dos mil diez (2010) que confirmó el fallo del Juzgado 12 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del 13 de abril de dos mil diez (2010) y en su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso administrativo del señor Jairo Ballesteros Rodríguez identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.077.132 de Bogotá.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la resolución No. 006965 del 17 de marzo de 2009, la resolución No. 021731 del 31 de julio de 2008 y la resolución No. 015319 del 30 de mayo de 2008 expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, que, respectivamente, negaron la pensión de vejez al accionante y confirmaron dicha decisión al resolver los recursos de vía gubernativa.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia que en el término de 15 días hábiles, a partir de la notificación del presente fallo, expedir una nueva resolución en la que determine las razones por las cuales no aparecen consignadas las semanas correspondientes del 1 de enero al 31 de enero de 1985, valorando la certificación laboral aportada por el accionante en la que la empresa Grünenthal Colombiana S.A certifica el vínculo laboral con el accionante a partir del siete (7) de abril de mil novecientos ochenta (1980) hasta el veintiuno (21) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), sin ningún tipo de interrupción. En caso de que se determine que esa omisión no es imputable al trabajador la nueva resolución que se expida deberá ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor Jairo Ballesteros Rodríguez identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.077.132 de Bogotá.

Cuarto.- Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 Folio 20-22 Cuaderno 1.

2 Folio 20 Cuaderno 1.

3 No se allega Resolución.

4 Resolución 015319 del 30 de mayo de 2008.

5 Folio 18-19, Cuaderno 1.

6 Folio 23, Cuaderno 1. Además en el folio 32 se aporta certificación de que el señor Ballesteros estuvo cotizando al ISS desde el 07.07.1980 al 21.05.1986.

7 Ver folio 32 del cuaderno 1.

8 Folio 18-19, Cuaderno 1.

9 Folio 29-30, Cuaderno 1.

10 Folio 31, Cuaderno 1.

11 Folio 33, Cuaderno 1, Declaración extrajuicio de dependencia económica.

12 Folio 36 y 38, Cuaderno 1.

13 Folio 37-42, Cuaderno 1.

14 T-418 de 2003.

15 T-836 de 2006.

16 T-571 de 2002.

17 Sentencia T-798 de 2009.

18 Sentencia T-529 de 2008.

19 Sentencia C-375 de 2004.

20 El artículo 22 de Ley 100 de 1993, establece las OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

21 Sentencia T-264 de 2007.

22 T-553/98

23 El artículo 23 de Ley 100 de 1993, establece la SANCIÓN MORATORIA. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

El artículo 24 de Ley 100 de 1993, establece las ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

El artículo 53 de Ley 100 de 1993, establece la FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN. Las entidades administradoras del régimen solidario de prestación definida tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente Ley. Para tal efecto podrán:

- a. Verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes, cuando lo consideren necesario;
- b. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados;
- c. Citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes;
- d. Exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;
- e. ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones.

De igual manera el Decreto 2633 de 1994 reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, dispuso lo siguiente: Artículo 50 DEL COBRO POR VÍA ORDINARIA: En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades Administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga,

con carácter general; sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

24 Artículo 29 de la Constitución Política. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

26 Sentencia T- 571 de 2002.

27 Sentencia T-090 de 2009.

28 Resolución 015319 del 30 de mayo de 2008, resolución No. 021731 del 31 de julio de 2008 y la resolución No. 006965 del 17 de marzo de 2009.

29 Ver folio 32 del cuaderno 1.

30 Ver folio 3 del cuaderno 1.

31El ISS le indicó que el periodo correspondiente al mes de enero de 1985, no se reporta en la historia laboral del accionante, generándose un faltante de 4.4 semanas cotizadas, debido

a que el empleador Grünenthal Colombiana S.A, no reportó el pago en el periodo mencionado.

32 Sentencia T-053 de 2010.