

Sentencia T-200A/18

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Procedencia excepcional de la tutela cuando se ponen en riesgo derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público obligatorio y esencial/SEGURIDAD SOCIAL-Concepto

El artículo 48 de la Constitución Política ha definido la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, en los términos que contemple la ley. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, la seguridad social se define como el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Régimen legal para determinar la forma en que habrán de realizarse los pagos de cotización para trabajador dependiente y trabajador independiente

TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Normatividad actual Decreto 3085 de 2007

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Interpretación de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3085 de 2007 respecto al pago de aportes al sistema pensional por parte de los trabajadores independientes

De conformidad con la interpretación de esta Corte, existen dos etapas: (i) antes de la

entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, cuando la vinculación y cotización para trabajadores independientes era voluntaria, por tanto, el aporte debía ser anticipado, so pena de que se aplicara a periodos futuros; y,(ii) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, la vinculación y cotización para trabajadores independientes es obligatoria, por tanto, conforme al Decreto 3085 de 2007, la cotización sigue siendo mes anticipado, pero el no hacerlo en la oportunidad debida, no determina la imputación al mes posterior, sino que permite convalidar el aporte con el pago debido de la sanción por mora.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Posibilidad de que trabajador independiente salde su deuda y obtenga reconocimiento de los periodos que trabajó en el evento que haya realizado sus aportes de manera extemporánea

HISTORIA LABORAL-Contenido y finalidad/HISTORIA LABORAL-Relevancia constitucional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Deberes de las Administradoras de pensiones respecto de la información consignada en la historia laboral de sus afiliados

INCONSISTENCIAS EN HISTORIA LABORAL-Administradoras de pensiones deberán desplegar las actuaciones que sean necesarias para garantizar la veracidad, claridad y precisión de las historias laborales, y no se debe trasladar la carga de su negligencia a los afiliados

ALLANAMIENTO A LA MORA POR PARTE DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES-Alcance

ALLANAMIENTO A LA MORA-Configuración

El allanamiento a la mora es una figura jurídica consistente en que el acreedor, de forma tácita debido a su silencio e inacción ante el incumplimiento del deudor, termina por aceptar dichos incumplimientos como normales. Es decir, que el allanamiento a la mora se configura “cuando a pesar de que el pago fue tardío e ininterrumpido, la entidad no rechaza la cotización ni hace requerimiento alguno, y sólo al momento de la reclamación del pago de la licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas”.

ALLANAMIENTO A LA MORA POR PARTE DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES-Reiteración de jurisprudencia

ALLANAMIENTO A LA MORA POR PARTE DE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES-
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES AUTOINMUNES Y DEGENERATIVAS-Sujetos de
especial protección constitucional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE PERSONA QUE PADECE ENFERMEDAD AUTOINMUNE Y
DEGENERATIVA-Orden a Colpensiones corregir la historia laboral de accionante y tener en
cuenta los aportes que hizo como trabajadora independiente

Referencia: Expediente T-6.405.933

Acción de tutela instaurada por Lucía Jaramillo Ayerbe contra la Administradora
Colombiana de Pensiones

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Gloria
Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la
preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la
siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con
Funciones de Conocimiento de Bogotá, en primera instancia, y el Tribunal superior del
Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, en segunda instancia, contra la Administradora
Colombiana de Pensiones, en adelante COLPENSIONES.

El expediente de la referencia fue escogido para su revisión, por la Sala de Selección
Número Diez, realizada el 27 de octubre de 2017, comunicada mediante Auto del 7 de
noviembre del citado año y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

El 27 de julio de 2017, la señora Lucía Jaramillo Ayerbe, presentó acción de tutela contra COLPENSIONES, con el objeto de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo y seguridad social, entre otros. Lo anterior, debido a que la entidad accionada no efectuó la corrección de su historia laboral con fundamento en que los pagos fueron realizados nueve años después de la cotización efectiva, es decir de manera extemporánea[1].

2. Hechos relevantes

2.1 La demandante, el 14 de junio de 2016, en ejercicio del derecho de petición, presentó una solicitud a COLPENSIONES, con el fin de que esta entidad efectuara la corrección de su historia laboral, correspondiente a los períodos de cotización 2005/06 a 2007/04 y 2007/10, los cuales efectuó como trabajadora independiente.

2.2 La petente reconoció ante COLPENSIONES que al efectuar el pago de los aportes de los periodos anteriormente señalados, el 28 de abril de 2016, incurrió en mora.

2.3 COLPENSIONES, en respuesta del 28 de noviembre de 2016, le comunicó a la accionante que como los pagos efectuados en los períodos mencionados fueron realizados de manera extemporánea no era posible contabilizarlos en el total de las semanas cotizadas de conformidad con el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999[2].

2.4 Sostiene la señora Jaramillo que en dicha comunicación, la entidad accionada también le manifestó que las inconsistencias en su historia laboral podían ser subsanadas a solicitud de parte, a través de un Punto de Atención al Ciudadano, con el objeto de corregir cada ciclo de cotización aplicándolo a uno posterior, teniendo en cuenta el cambio de IBC[3] por anualidad, ya que la variación de éste puede afectar los días de cotización dentro de cada ciclo.[4] Así mismo, COLPENSIONES le indicó que podía presentarse el caso de que fuera posible la aplicación de los pagos a periodos posteriores, para lo cual el trabajador podría solicitar la devolución de los aportes respectivos[5].

2.5 Posteriormente, COLPENSIONES, el 28 de febrero de 2017, le ratificó a la actora lo señalado en el punto anterior y, adicionalmente, le informó que el ciclo 2007/10 cotizado como trabajadora independiente, se encontraba acreditado correctamente en la historia laboral[6].

2.6 Indica la accionante que tiene 56 años de edad y padece de esclerosis múltiple y miastenia gravis[7], las cuales se encuentran controladas.

2.7 Dice que tiene un total de 1212,29 semanas de cotización[8].

Mediante Auto del 27 de julio de 2017, el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, avocó el conocimiento de la acción de tutela presentada por Lucía Jaramillo Ayerbe, corrió traslado de la misma a COLPENSIONES y vinculó de manera oficiosa a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, en adelante la UGPP[9].

Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP

La UGPP procedió a contestar el requerimiento del juez de tutela, mediante escrito del 1 de agosto de 2017, en el cual manifestó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que la entidad no es competente para resolver de fondo aquello que solicita la accionante, debido a que se trata de una entidad que tiene a cargo facultades que articulan el Sistema de la Protección Social, orientadas al pago completo y oportuno de las contribuciones parafiscales y por lo mismo no tiene injerencia en la forma como COLPENSIONES administra la historia laboral de sus afiliados[10].

Así mismo, indicó que no es posible que la entidad pueda presentar algún informe, pues desconoce los motivos que originaron la presunta vulneración de los derechos de la actora por parte de COLPENSIONES y las razones de su negativa a corregir su historia laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se desvincule a la UGPP de la presente acción de tutela.

Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Mediante contestación aportada, el 31 de julio de 2017, la entidad accionada destacó que no es competencia del juez constitucional realizar un análisis de fondo frente a la corrección y actualización de la historia laboral de la accionante, pues ello desnaturalizaría la acción

de tutela al invadir la competencia del juez ordinario que cuenta con los mecanismos legales para analizar este tipo de controversias.[11]

Posteriormente, el 1 de febrero del corriente año, en sede de revisión, COLPENSIONES presentó un escrito en el que destaca que la acción de tutela procede de manera excepcional cuando existen otros mecanismos de naturaleza jurisdiccional, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual la protección se concede como mecanismo transitorio. Frente al caso concreto, advirtió que se desconoce la vía ordinaria como un mecanismo idóneo y eficaz para el restablecimiento de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados[12].

Con relación a la mora incurrida por la accionante, la demandada indicó que esta se configura porque los pagos se hicieron de manera extemporánea, pues fueron cancelados el 28 de abril de 2016, esto es, nueve años después de la efectiva cotización, fuera del término legalmente establecido. Por esta razón, no procede la corrección de la historia laboral.

Para COLPENSIONES, acceder al amparo judicial e incluir los periodos de cotización 2005/06 a 2007/04 cancelados de manera extemporánea por la señora Jaramillo Ayerbe como trabajadora independiente, conlleva a la “creación de incentivos judiciales negativos, pues si se permitiera aplicar o imputar pagos posteriores (en mora) a los tiempos previos que debieron ser debidamente cancelados en su oportunidad, se generaría un aliciente para todos aquellos que quisieran efectuar pagos de esta inusual manera, práctica que afectaría no sólo los presupuestos en los que se encuentra fundado el Sistema Integral de Seguridad Social, sino también, su sostenibilidad financiera”.[13]

Finalmente, destacó la entidad accionada que de conformidad con el Decreto 3085 de 2007[14], el cual entró en vigencia a partir del 15 de agosto de 2007, los pagos realizados con posterioridad a esta fecha, permiten la liquidación de intereses de mora para los trabajadores independientes, por lo mismo el pago realizado por la accionante del ciclo correspondiente a octubre de 2007, fue incluido correctamente en su historia laboral.[15]

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera instancia: Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá[16]

El 10 de agosto de 2017, el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, resolvió negar por improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora, básicamente, al considerar que no acreditó la ineficiencia o falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador para reclamar su derecho y la existencia de un perjuicio irremediable, ya que su estado de salud no supone la necesidad de la intervención del juez constitucional.

Para el juez de primera instancia, la acción constitucional, no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la demandante no agotó los medios de defensa judicial que tenía a su alcance para obtener la protección de sus derechos fundamentales. Por esta razón, declaró improcedente el amparo.

Impugnación

La accionante impugnó la decisión del a quo al considerar que no valoró adecuadamente su condición de salud, pues padece de “esclerosis múltiple” y “miastenia gravis”, enfermedades que han sido catalogadas como progresivas, pues con el paso del tiempo producen un grave deterioro. Lo anterior, le impide acudir a la jurisdicción ordinaria, toda vez que la prolongación del proceso laboral, le generaría un perjuicio, que se puede subsanar por vía de tutela[17].

Así mismo, precisó la accionante que COLPENSIONES al negar el reconocimiento y aplicación en su historia laboral de los periodos de cotización 2005/06 a 2007/04 y 2007/10, los cuales representan casi 100 semanas, la está condenando a más de dos años adicionales de trabajo para compensar este desconocimiento, sin tener en consideración los padecimientos de la enfermedad autoinmune, degenerativa e incurable que le fue diagnosticada.

2. Segunda instancia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal[18]

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, mediante sentencia del 15 de agosto de 2017 resolvió confirmar el fallo de primera instancia. A juicio del ad quem en

el plenario no se acreditó la situación de vulnerabilidad manifiesta, pues la accionante cuenta con 56 años de edad y esto no constituye una situación prima facie que permite la procedencia del amparo pretendido.

Adicionalmente, para el fallador de segunda instancia, si bien las enfermedades que padece la petente, son degenerativas, éstas no representan un inminente perjuicio irremediable, pues se encuentran debidamente controladas y no le impiden que pueda continuar con el normal desarrollo de su vida.

Por último, consideró el Tribunal que el amparo impetrado constituye un tema que desborda la protección constitucional, debido a que la tutelante no ha agotado todos los medios de defensa judicial dispuestos por el legislador con el fin de controvertir la decisión de la administración.

III. IMPEDIMENTO PRESENTADO POR UNO DE LOS INTEGRANTES DE LA SALA QUINTA DE REVISIÓN

El 12 de marzo de 2018, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, puso en conocimiento a los otros magistrados que integran la Sala Quinta de Revisión, su impedimento para decidir sobre el expediente T-6.405.933.

Particularmente, señaló que conoció a la accionante durante el período en el que se desempeñó como Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y que mantiene con ella, una relación de amistad, situación que podría eventualmente configurar una causal de impedimento para participar en la decisión del mencionado expediente.

La Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, invocó la causal número 5 del artículo 56, consagrada en el Código de Procedimiento Penal que establece: “Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial”.

La Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el suscrito, a través de Auto del 8 de mayo de 2018, resolvieron aceptar el impedimento formulado, basándose en lo siguiente:

- La amistad es un vínculo de carácter subjetivo y por tanto el nivel de credibilidad de la

manifestación de amistad íntima, tiene fundamento en aquello que expresa el operador judicial, ya que no es jurídicamente posible comprobar los niveles de amistad que el funcionario pueda tener con otra persona[19].

- Bajo este contexto, se pudo observar que existió un nexo de causalidad entre el hecho invocado y el supuesto fáctico descrito en la norma que regula la causal de impedimento.

- Por lo anterior, se tiene como cierto lo expresado por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, con respecto a su relación de amistad con la accionante, y la posibilidad de que se pueda afectar la imparcialidad de la decisión en la presente acción de tutela.

Por consiguiente, se decidió separar a la Magistrada Pardo, del conocimiento del proceso correspondiente a la presente acción de tutela.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer del asunto en cuestión y proferir sentencia dentro de la presente acción de tutela, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y dando cumplimiento al Auto del veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017), emitido por la Sala de Selección Número Diez de esta Corporación, que ordenó la revisión del presente caso[20].

2. Cuestión previa: Procedibilidad de la acción de tutela

De conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, para que proceda la acción de tutela, se deben acreditar ciertos requisitos a saber: la legitimación en la causa por activa y por pasiva y los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

2.1 Legitimación por activa: De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales cuando éstos han sido vulnerados o se encuentren amenazados.

En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional se he pronunciado en varias ocasiones[21], concluyendo que la legitimación por activa constituye un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, ya que al juez constitucional le corresponde verificar la titularidad del derecho fundamental que está siendo vulnerado y el medio a través del cual acude al amparo.

Particularmente, en el caso concreto, se demuestra que la señora Lucía Jaramillo Ayerbe es la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por lo cual, la Sala Quinta de Revisión considera que la presente acción de tutela acredita el requisito de legitimación en la causa por activa.

2.2 Legitimación por pasiva: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[22] establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado o amenace violar un derecho fundamental. Así mismo, procede contra acciones u omisiones de particulares de conformidad con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.[23]

En el caso concreto, la acción de tutela se dirige contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), entidad que administra los aportes de sus afiliados y por lo tanto se encarga de actualizar y corregir la historia laboral de éstos en caso de presentarse inconsistencias en las cotizaciones[24].

Ahora bien, en relación con la vinculación de la UGPP a la presente acción de tutela, encuentra esta Sala que dicha entidad no ha vulnerado los derechos que invoca la accionante, como quiera que ésta no tiene dentro de sus funciones, la administración ni corrección de las historias laborales de quienes están afiliados a COLPENSIONES[25].

Así las cosas, la única entidad legitimada por pasiva en el presente caso es COLPENSIONES.

2.3 Inmediatez: El principio de inmediatez de la acción de tutela, tiene como objetivo la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, lo cual resulta opuesto a aquello establecido en el artículo 86 de la Constitución Política.

La satisfacción de este requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y considerando las condiciones de cada caso concreto. El término “razonable” hace alusión a la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental que está siendo vulnerado[26].

2.4 Subsidiariedad: Por regla general, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede para ordenar temas relacionados con pensiones, ya que existen los medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones.

Es claro para esta Corporación, que la esencia de esta acción es precisamente su carácter de excepcional, sin que su objetivo sea llegar a desplazar ni reemplazar los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico, pues se perdería la razón de ser de la acción de tutela. Sin embargo, de manera excepcional, cuando la pretensión solicitada adquiere relevancia constitucional, al estar relacionada directamente con la protección de derechos de raigambre constitucional, es posible acudir al mecanismo de la acción de tutela para su protección.

2.5 Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de asuntos relacionados con las cotizaciones en el régimen pensional

Para la Corte Constitucional, la acción de tutela procederá como: (i) mecanismo definitivo cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir o, cuando existiendo éstos, no resulten idóneos o eficaces; por no ser los adecuados para lograr la garantía urgente del goce efectivo del derecho que se espera en el caso y (ii) como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario.[27]

Así mismo, la Corte ha aclarado que (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, y se realizará través de criterios de análisis más amplios, sin que ello signifique que no se tengan en cuenta los presupuestos de la procedencia de la acción de tutela que ha establecido el legislador en el Decreto 2591 de 1991[28].

Por último, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, como el caso que nos ocupa, pues la demandante tiene aminoradas sus condiciones de salud como consecuencia de las enfermedades que padece tales como esclerosis múltiple y miastenia gravis, el examen de procedibilidad de la acción de tutela debe ser menos estricto[29], pues se busca la protección de personas sometidas a una condición de vulnerabilidad que requiere la intervención del Estado, razón por la cual el juez deberá hacer todo lo posible para garantizar los derechos de esa persona dentro de los límites legales y constitucionales.

En el caso concreto, debido a la gravedad de las patologías que padece la accionante, no se le puede atribuir la carga de acudir a un proceso ordinario laboral, pues aun cuando las enfermedades se encuentran controladas por ser éstas de tipo autoinmune y degenerativas, implica en todo caso, para quien las padece, una disminución en sus condiciones de salud y el riesgo latente de sufrir una lesión mayor.

3. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

En esta oportunidad corresponde a la Sala responder el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera COLPENSIONES el derecho fundamental a la seguridad social, la igualdad y el debido proceso administrativo de la señora Lucía Jaramillo Ayerbe, al negarse a corregir su historia laboral con el argumento de que algunos de sus aportes como trabajadora independiente, fueron efectuados de manera extemporánea?

Con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado, la Sala tratará los siguientes temas: (i) la seguridad social como servicio público obligatorio;

(ii) el derecho a la corrección de la historia laboral de sus afiliados por parte de las administradoras de pensiones (iii) el allanamiento a la mora por parte de la entidad administradora de pensiones; (iv) la vulnerabilidad de las personas que sufren enfermedades autoinmunes y degenerativas como la esclerosis múltiple y la miastenia gravis y (v) el caso concreto.

3.1 La seguridad social como servicio público de carácter obligatorio

El artículo 48 de la Constitución Política ha definido la seguridad social como un servicio

público de carácter obligatorio que debe prestarse bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, en los términos que contemple la ley. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, la seguridad social se define como el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano[30]”

Ahora bien, el sistema de seguridad social que el legislador diseñó con el fin de cumplir con ese mandato, impone como deber del Estado, la cobertura de las adversidades que puedan sufrir sus afiliados, en especial, aquellas circunstancias que atentan contra su salud y su capacidad económica, que son las que derivan de la vejez, de la invalidez y de la muerte[31].

Así las cosas, la protección de los derechos sociales fue reconocida por esta Corporación desde el año 1992, con el argumento de la conexidad, ya que se demostraba un nexo causal entre el derecho social y un derecho fundamental. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha ido en constante evolución, al punto de afirmar que todos los derechos constitucionales son fundamentales, y

“aquellos que tienen una faceta esencialmente prestacional son susceptibles de protegerse por vía de tutela, una vez se han definido por el Legislador o la administración en los distintos niveles, las prestaciones debidas de forma clara y precisa, de manera que constituyan derechos subjetivos de aplicación directa[32]”.

El derecho a la seguridad social también ha sido reconocido en algunos instrumentos internacionales, como por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), el cual consagra el derecho a la seguridad social, de vital importancia para: “(...) garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”[33].

Con todo, el Estado cuenta con un papel activo en cuanto al derecho fundamental a la seguridad social se refiere, particularmente, a favor de aquellas personas que se

encuentran en situación de desventaja debido a factores sociales, económicos o de salud.

Por ello, también la necesidad de compensar los grandes desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz, como lo es la acción de tutela.

3.2 El derecho a la corrección de la historia laboral de los afiliados frente a las administradoras de pensiones

Aunque el caso objeto de estudio, no es precisamente el reconocimiento de la pensión de vejez, sí lo es, la corrección de la historia laboral para acceder a dicha pensión, por lo cual, se hará una breve referencia sobre la pensión de vejez en los siguientes términos: la pensión de vejez, tiene como objetivo, garantizar que quienes lleguen a cierta edad y cumplen determinados requisitos, puedan retirarse de sus labores sin dejar de recibir los ingresos que destinaban a cubrir sus necesidades y las de su familia. La pensión, que se encuentra conformada por los ahorros que el afiliado efectuó mientras estuvo en capacidad de laborar, aspira a protegerlo cuando cumpla los requisitos de ley como son la edad y el tiempo del servicio trabajado. El reconocimiento de la pensión de vejez se traduce en “una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez”[34].

Con relación a los trabajadores independientes, vale la pena resaltar lo siguiente:

- El Sistema de Seguridad Social incluye no solamente a los empleados dependientes, sino también a los trabajadores independientes, que son
- “Las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten[35]”.
- Se consideran trabajadores independientes, todas aquellas personas que laboren en una situación carente de subordinación y dependencia, por lo cual reciben un monto de dinero a título de honorarios o comisiones.

Es pertinente aclarar que frente a los trabajadores dependientes e independientes, el legislador estableció un régimen diferente, no en relación a los requisitos para acceder a las prestaciones, sino en la forma en que cotizan y en ese sentido acumular el tiempo de

servicios en su historia laboral[36].

No obstante, ambos tipos de trabajadores, tendrán derecho a que se les corrija su historia laboral, en caso de inconsistencias presentadas.

Por su parte, el trabajador independiente cuenta con una relación directa, en la cual el propio trabajador es el interesado en hacer la cotización y es el único responsable de asumir dicho aporte.

En el caso de los trabajadores dependientes, el empleador es un intermediario y el acceso al sistema se da a través de éste, ya que es el empleador quien debe concurrir con el trabajador a cumplir con las obligaciones frente al sistema de seguridad social y aportar el porcentaje de la cotización que corresponda.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico contemplaba que las cotizaciones hechas por los trabajadores independientes, debían ser siempre en forma anticipada, so pena de que fueran reportadas a un periodo posterior a aquel en el cual se efectuó dicha actualización.

Actualmente, y no obstante lo anterior, es necesario que sea el trabajador independiente, quien es el directo interesado y único responsable de realizar las cotizaciones, quien asuma las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido[37]. “Lo anterior, sin llegar a admitir que las cotizaciones realizadas en forma extemporánea, por ese solo hecho, puedan calificarse de nulas o sin efectos, en cuanto, por el contrario, habrán de ser contabilizadas, pero con posterioridad al pago”[38].

Esta Corporación ha entendido que la obligación de los trabajadores independientes de vincularse al Sistema de Seguridad Social surgió sólo desde el momento de entrada en vigencia de la citada ley (29 de enero de 2003) y, por ello, la omisión en que un trabajador independiente hubiera podido incurrir al momento de pagar los aportes que haya tenido la posibilidad de realizar, no podía constituir incumplimiento ni deuda alguna. “Ahora que tanto la afiliación como la cotización de los independientes es obligatoria, sería un contrasentido decir que luego de vencido el mes ya no pueden ni deben cumplir con la obligación parafiscal que contraen, pues por la naturaleza de gravámenes que tienen los

aportes deben poder cobrarse y pagarse en cualquier tiempo, sin perjuicio de otras sanciones o intereses que puedan generarse en virtud de la ley” [39].

En conclusión y de conformidad con la interpretación de esta Corte, existen dos etapas: (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, cuando la vinculación y cotización para trabajadores independientes era voluntaria, por tanto, el aporte debía ser anticipado, so pena de que se aplicara a periodos futuros; y, (ii) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, la vinculación y cotización para trabajadores independientes es obligatoria, por tanto, conforme al Decreto 3085 de 2007, la cotización sigue siendo mes anticipado, pero el no hacerlo en la oportunidad debida, no determina la imputación al mes posterior, sino que permite convalidar el aporte con el pago debido de la sanción por mora[40].

A partir de lo anterior, es posible que un trabajador independiente en el evento en que haya realizado sus aportes de manera extemporánea, salde su deuda y obtenga el reconocimiento de los periodos que trabajó, previa cancelación de los intereses correspondientes y actualización monetaria a que haya lugar.

3.2.1 La historia laboral y su definición

Con respecto a la historia laboral, esta Corporación ha señalado que se trata de un documento que establece que los aportes realizados son la prueba fehaciente dentro del trámite de reclamación, como un antecedente al reconocimiento y pago de esa prestación (pensión de vejez). En ese orden de ideas, las administradoras de pensiones adquieren una gran responsabilidad con relación a la información consignada en la historia laboral de sus afiliados, además de los derechos fundamentales que pueden vulnerarse cuando los datos que esta reporta son incompletos o irregulares. Vale la pena anotar, que la historia de las cotizaciones de seguridad social contiene información trascendental sobre la trayectoria laboral de una persona, así como también los detalles de los pagos efectuados a la administradora de pensiones, con el objeto de acceder al reconocimiento de una prestación social, tanto si se trata de trabajadores dependientes o independientes.

De una parte, la historia laboral es valiosa en sí misma porque contiene información laboral sobre el trabajador y su empleador. Por ello, las personas tienen la facultad de conocer, actualizar y rectificar sus datos.

Así las cosas, todas las cotizaciones que realice el trabajador (ya sea como dependiente o independiente) se deben ver reflejadas en su historia laboral, y en dado caso de que existan inconsistencias, es deber de la administradora proceder a corregir los datos a que haya lugar en la historia laboral. Así mismo, la historia laboral, como se mencionó en líneas anteriores, se tiene como un elemento de prueba que, a la vez que facilita el acceso del trabajador y de la entidad que administra sus aportes a que la información que contiene debe ser clara, actual y completa sobre el estado de cumplimiento de los requisitos, en virtud de los cuales el afiliado podría llegar a adquirir su pensión.

Las obligaciones que la ley y la jurisprudencia les han atribuido a las administradoras de los regímenes pensionales respecto del manejo de la información y de los soportes que acreditan las cotizaciones efectuadas por sus afiliados, desarrolla la tesis de que la historia laboral se constituye como el soporte probatorio del esfuerzo económico realizado por el trabajador para acceder a los ingresos que no podrá procurarse por sí mismo en cierta etapa de su vida[42].

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación, ha consolidado sobre el particular, que se parte del supuesto de que no son los afiliados, sino las administradoras, las que cuentan con las herramientas necesarias para perseguir el pago de esas cotizaciones, tanto para el caso de trabajadores dependientes como independientes.

Así lo estableció al afirmar que “A las entidades administradoras de pensiones no les es dable trasladar al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dicha obligación (...). Se trata pues de errores operacionales que no pueden afectar al afiliado, cuando éste logra demostrar que la información que reposa en la base de datos sobre su historia laboral, no es correcta o precisa[43]”.

Por otra parte, COLPENSIONES cuenta además, con facultades para fiscalizar e investigar a los empleadores y a los agentes retenedores de las cotizaciones. Según lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 100 de 1993, la entidad puede requerir informes, exigir la presentación de documentos, ordenar la exhibición de libros y adoptar cualquier otra medida que contribuya a determinar oportuna y correctamente las obligaciones pensionales.

Existen, como se ha expuesto, múltiples precedentes al respecto, en los cuales se ha reiterado que todos los afiliados al sistema de seguridad social[44], no tienen por qué

cargar con las consecuencias de la falta de diligencia de su administradora en el cobro de esas cotizaciones y por lo mismo, dependen de la pensión para acceder a los recursos económicos que demanda su subsistencia.

3.3 El allanamiento a la mora por parte de la entidad administradora de pensiones

El allanamiento a la mora es una figura jurídica consistente en que el acreedor, de forma tácita debido a su silencio e inacción ante el incumplimiento del deudor, termina por aceptar dichos incumplimientos como normales. Es decir, que el allanamiento a la mora se configura “cuando a pesar de que el pago fue tardío e ininterrumpido, la entidad no rechaza la cotización ni hace requerimiento alguno, y sólo al momento de la reclamación del pago de la licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas”[45].

Esta figura ha sido muy defendida por la Corte Constitucional al tutelar derechos fundamentales como los de la salud o la seguridad social, donde puede ocurrir que los empleadores (en caso de trabajador dependiente) no paguen o paguen extemporáneamente los aportes a seguridad social, o que el mismo cotizante como trabajador independiente realice los aportes de forma tardía, de manera que incurra en mora.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación[46], ha sido reiterada en extender la figura del allanamiento a la mora a los casos de trabajadores independientes, entendiendo que si la entidad accionada no actuó de forma clara a través de las acciones que tiene a su disponibilidad en el ordenamiento jurídico, con el fin de requerir el pago oportuno de los aportes, o no rechazó los pagos realizados por el cotizante fuera del término, no puede oponerse al pago de lo debido.

Así las cosas, la Corte Constitucional[47] ha afirmado que cuando los aportes a la seguridad social, se realizan de manera extemporánea o dejan de hacerse, existe la obligación de la entidad de seguridad social encargada de administrarlos, de iniciar el procedimiento de cobro coactivo con el fin de obtener el pago efectivo de dichos aportes. Lo anterior, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad del sistema y también asegurar el pago efectivo de los derechos amparados por el sistema de seguridad social, como las incapacidades, licencias de maternidad y pensiones.

De igual forma, y reiterando lo anterior, cuando las entidades encargadas de administrar los aportes al sistema general de seguridad social, en salud y pensiones, dejan de recibir dichos aportes, y los reciben por fuera de la fecha correspondiente para su pago, o no acuden a los mecanismos legales correspondientes para obtener su pago, se entiende que se allanan a la mora, siendo necesario que asuman las consecuencias de su negligencia, sin que los efectos nocivos de dicha circunstancia puedan ser trasladados al trabajador que requiere en este caso, la corrección de su historia laboral para poder acceder a la pensión de vejez.

Aunque esta figura tuvo su origen en el ámbito de las licencias de maternidad, la Corte Constitucional ha extendido su aplicación a circunstancias similares, en las que las entidades del sistema general de seguridad social, se han negado a las acciones que les corresponden, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos, sin que hubieran actuado para remediar esta situación, conforme las herramientas establecidas en la ley. Así, la Corte ha extendido su aplicación a otros ámbitos como el de las pensiones. [48]

Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tribunal de cierre en materia laboral, ha establecido que:

“El pago extemporáneo efectuado por el empleador, esto es, aquel que realiza por fuera del plazo ordinario establecido legalmente, y antes de que se produzca el siniestro, es decir, de que se concrete y materialice el riesgo, no es nulo ni tampoco ineficaz.

En ese caso, se reitera, tratándose del empleador, sencillamente se producirán las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993. Cosa distinta ocurre cuando el aportante no es el empleador sino el trabajador, pues, sus cotizaciones se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido, como lo anunciaba

expresamente el artículo 20, inciso tercero, del Decreto 692 de 1994, así como que si no se especificaba el período de cotización debía tomarse “como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte”, disposición que, aun cuando fue expresamente derogada por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos, así: ‘Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y

realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente'. Por manera que, siguiendo tal derrotero, y sobre el supuesto de por (sic) ser el trabajador independiente el aportante de sus cotizaciones e interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, le corresponde asumir, conforme al criterio actual del legislador que se acaba de enunciar, las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional.

Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de 'irregulares', habida consideración que siempre se harán para cada período 'en forma anticipada', y como dice la última norma citada, "si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente" [49].

Frente al criterio actual del legislador, el hecho de efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un 'imperativo de su propio interés', de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido que mal harían las entidades administradoras de pensiones alegar en su favor su propia negligencia en el ejercicio de las acciones de cobro, trasladando al afiliado las consecuencias negativas derivadas de la mora del empleador[51]. Aunque en este caso no se trata de mora del empleador sino del mismo trabajador, eso no implica que no se lleven a cabo las respectivas acciones legales de cobro por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Vale la pena resaltar que lo anterior, no significa que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones y requisitos exigidos por la ley, pues la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte.

3.4 La vulnerabilidad de las personas que sufren enfermedades autoinmunes y degenerativas como la esclerosis múltiple y la miastenia gravis: Sujetos de especial protección constitucional

Esclerosis Múltiple

La esclerosis múltiple, es un padecimiento que impacta gravemente la salud y pone en peligro la vida haciendo que quien la padece requiera de cuidados extremos para mantener una vida digna. Según las sentencias T-212 de 2011 y T-094 de 2016, esta enfermedad es de aquellas que evoluciona de forma negativa, tanto a nivel físico como mental, y ello afecta el desempeño de cualquier actividad profesional.

Se trata de una enfermedad crónica del sistema nervioso central que puede producir síntomas como fatiga, falta de equilibrio, dolor, alteraciones visuales y cognitivas, dificultades del habla y temblores, entre otros.

Esta Corte lo ha establecido en diferentes sentencias[52], que se trata de una enfermedad que requiere de atención y tratamiento, no sólo en lo que se refiere a la atención médica, sino también en lo que implica el mantenimiento de condiciones dignas para quien la padece, con el fin de que la persona pueda sobrevivir en la mejor situación posible.

Así mismo, esta Corporación ha manifestado que la esclerosis múltiple es una enfermedad que afecta ostensiblemente las condiciones de salud, pone en peligro la vida y, hace que quien la padece requiera de cuidados extremos para mantener una vida digna, esto quiere decir que, la atención que se debe brindar a quienes padecen esta patología, debe ser de primer nivel, ya que, el retraso en la atención puede generar graves consecuencias, las cuales podrían ser irreparables. Miastenia Gravis[53]

La miastenia gravis es una enfermedad neuromuscular autoinmune y crónica caracterizada por grados variables de debilidad de los músculos esqueléticos del cuerpo. El nombre

miastenia gravis proviene del latín y el griego y significa literalmente “debilidad muscular grave”.

La característica principal de este padecimiento es una debilidad muscular que aumenta durante los períodos de actividad y disminuye después de períodos de descanso. Esta enfermedad produce que ciertos músculos, tales como los que controlan el movimiento de los ojos y los párpados, la expresión facial, el masticar, el habla y el deglutir (tragar) a menudo se ven afectados por este trastorno. Los músculos que controlan la respiración y los movimientos del cuello y de las extremidades también pueden verse afectados.

La miastenia gravis es causada por un defecto en la transmisión de los impulsos nerviosos a los músculos y ocurre cuando la comunicación normal entre el nervio y el músculo se interrumpe en la unión neuromuscular, el lugar en donde las células nerviosas se conectan con los músculos que controlan.

Por consiguiente, la miastenia gravis es una enfermedad autoinmune porque el sistema inmunológico, que normalmente protege al cuerpo de organismos externos, se ataca a sí mismo por error. Aunque esta enfermedad puede afectar cualquier músculo voluntario, los músculos que controlan el movimiento de los ojos y los párpados, la expresión facial y el deglutir se ven afectados con mayor frecuencia. El inicio del trastorno puede ser repentino.

Así las cosas, en la mayoría de los casos, el primer síntoma es la debilidad en los músculos oculares (de los ojos), en otros, la dificultad para tragar e impedimentos en el habla pueden ser los primeros síntomas.

El grado de la debilidad muscular de la miastenia gravis varía sustancialmente entre los pacientes, pudiendo manifestarse desde una forma localizada, limitada a los músculos oculares (miastenia ocular), hasta una forma grave o generalizada en la cual se afectan muchos músculos-incluyendo a veces los músculos que controlan la respiración. Actualmente, la miastenia gravis puede ser controlada. Existen terapias disponibles para ayudar a reducir y mejorar la debilidad muscular.

Por otra parte, este Tribunal ha considerado que la categoría de sujeto de especial protección constitucional, se constituye por “aquellas personas que debido a su condición

física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”[54].

Así mismo, con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades degenerativas como la esclerosis múltiple, se le ha impuesto a los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la indefensión de estos sujetos, mayor deben ser las medidas de defensa que se deberán adoptar.

Esta Corte ha afirmado que no obstante, existen condiciones que deben ser analizadas en cada caso concreto, la procedencia de la acción de tutela, se puede determinar a partir de las siguientes circunstancias: i) que la persona interesada sea sujeto de especial protección constitucional; o ii) que las personas que por sus condiciones de vulnerabilidad económica, de salud o familiares, no les resulta exigible acudir a otra vía judicial para solicitar la protección de su derecho, habida cuenta del tratamiento preferencial que su condición exige.[55]

V. EL CASO CONCRETO

Entra la Sala a definir si COLPENSIONES vulneró el derecho fundamental a la igualdad, seguridad social, y el debido proceso administrativo, por negarle a la accionante, su derecho a corregir la historia laboral con el argumento de que algunos de sus aportes como trabajadora independiente, fueron efectuados de manera extemporánea.

Teniendo en cuenta que en el caso concreto, la señora Lucía Jaramillo Ayerbe, solicita que se le realice una corrección en su historia laboral, sin haber agotado antes los medios ordinarios de defensa judicial a su alcance, a continuación la Sala expondrá algunas consideraciones sobre la procedencia de la acción de tutela, para el reconocimiento de asuntos relacionados con el derecho a la seguridad social[56].

Como se mencionó en esta providencia, la accionante es una mujer de 56 años de edad, quien padece de esclerosis múltiple y miastenia gravis y por lo tanto según la jurisprudencia

de esta Corte, se constituye en un sujeto de especial protección constitucional.

Resulta evidente que el desconocimiento de sus semanas cotizadas, aun estando en mora, podría afectar su dignidad humana, en tanto que está próxima a cumplir la edad de pensión de vejez y con las semanas que cuenta no es posible acceder a dicha prestación.

Por otro lado, es claro que la actora ha acudido a los medios a su disposición para que se realice la actualización de su historia laboral, salvo el proceso ordinario, pues ha presentado diversas solicitudes a la entidad demandada tratando de encontrar una solución a su problema. En cuanto a la eficacia del mecanismo ordinario de defensa, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en la que se ha advertido que el estado de salud de los peticionarios puede resultar en una prueba acerca de la ineffectividad del medio, dado que es posible que la persona se agrave o muera, para el momento en el cual se adopte un fallo definitivo, si se tiene en cuenta el tiempo que toma un proceso de esta índole.

Es claro, entonces, que estamos frente a una situación en la cual la tutela se convierte en el mecanismo idóneo, con el objetivo de proteger el derecho fundamental a la seguridad social, pues dadas las circunstancias del caso se torna exigible por vía de amparo.

En el caso objeto de estudio, la accionante dispone en principio, de otros mecanismos de defensa judicial para solicitar la corrección de su historia laboral, sin embargo, la Sala considera que estos mecanismos no revelan la idoneidad suficiente para la protección del derecho a la seguridad social, pues su estado de salud, hace que requiera la protección inmediata de este derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe precisar que “el juez de tutela debe analizar la idoneidad o eficacia de las otras vías judiciales, ya que la interpretación restrictiva del articulado superior podría llevar a una vulneración de derechos fundamentales si al ejercitar dichos mecanismos no es posible lograr la protección real y efectiva de los derechos presuntamente conculcados”[57].

En consecuencia, la acción objeto de análisis cumple con el requisito de subsidiariedad, siendo necesario un pronunciamiento sobre la protección del derecho fundamental a la seguridad social de la accionante, y adicionalmente su titularidad acerca de su especial protección constitucional debido a sus condiciones de salud.

Por otra parte, esta Sala concluye que la entidad accionada tampoco le ha dado al caso el trato que amerita, considerando que se trata de una persona de especial protección constitucional, con el argumento de que solamente le corrigió el periodo 2007/10 y no los demás ciclos (2005/06 a 2007/04) como trabajador independiente porque luego de la entrada en vigencia del Decreto 3085 de 2007[58], la sanción moratoria es aplicable a los pagos cotizados por el trabajador independiente realizados por fuera del término legal.

Así las cosas, COLPENSIONES aduce que los periodos que la señora Lucía Jaramillo Ayerbe solicita incluir en su historia laboral, fueron efectuados todos el 28 de abril de 2016, es decir nueve años después de la efectiva cotización, fuera del término legalmente establecido, por lo tanto no procede su inclusión en la historia laboral.

Afirma la accionada que el Decreto 3085 de 2007 entró en vigencia el 15 de agosto de 2007, por lo cual los pagos realizados con posterioridad a esa fecha, permiten la liquidación de intereses de mora para los trabajadores independientes, por lo tanto el pago realizado por la accionante del ciclo octubre 2007 fue incluido correctamente en su historia laboral. No es de recibo para esta Corporación, el argumento expuesto por la entidad accionada, toda vez que dicho decreto no es aplicable al caso en concreto.

Si la tutelante se encontraba en mora para esos periodos, era deber de COLPENSIONES requerir su cobro y proceder de conformidad con los mecanismos legales para ello.

Bajo este contexto, COLPENSIONES podrá liquidar y recaudar las sumas que correspondan a los intereses y la actualización monetaria, de conformidad con la ley, en caso de que no lo hubiere hecho.

Así mismo, y como bien lo afirma la entidad accionada en su escrito del 1 de febrero de 2018, el pago de los aportes se realizó nueve años después, tiempo más que suficiente para que la entidad hubiera iniciado el respectivo proceso de cobro, sin embargo, se allanó a la mora. Como se menciona en esta providencia, cuando los aportes a la seguridad social, se realizan de manera extemporánea o dejan de hacerse, existe la obligación de la entidad de seguridad social encargada de administrarlos, de iniciar el procedimiento de cobro coactivo con el fin de obtener el pago efectivo de dichos aportes.

Lo anterior, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad del sistema y también asegurar el

pago efectivo de los derechos amparados por el sistema de seguridad social, como las incapacidades, licencias de maternidad y pensiones.

Finalmente, con esta decisión, no se están creando incentivos jurisprudenciales negativos como lo afirma la entidad accionada, generando un aliciente para todos aquellos que incurran en mora afectando la sostenibilidad financiera, por el contrario, el derecho a la seguridad social es una garantía del Estado Social de Derecho, según el cual se crea un sistema para brindarle a cada persona una defensa frente a las contingencias usuales de la vida en sociedad y para ayudarle a mantener una vida digna.

De otra parte, esta Corte no protegerá los derechos fundamentales al debido proceso administrativo e igualdad, como fue solicitado en la presente acción de tutela, por las siguientes razones:

La accionante no ha agotado los recursos ordinarios para su reconocimiento judicial, sin embargo, se está frente a una persona que sufre una enfermedad auto inmune, degenerativa y es sujeto de especial protección, razón por la cual el amparo es procedente de manera excepcional, por las partes expuestas en la parte motiva de esta providencia.

No se evidencia en el expediente que reposa en esta Corporación, que se haya vulnerado el derecho a la igualdad, ya que “la condición esencial para que se consolide un cargo por vulneración del principio de igualdad consiste en la identificación de un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias” o al menos muy similares”[59].

No es el trato diferenciado de algunos de los destinatarios de la ley lo que determina la vulneración del principio de igualdad, sino la arbitrariedad, la falta de una justificación objetiva y razonable, que refleje una situación de discriminación, lo cual con el acervo probatorio que reposa en el expediente de la referencia, no es posible asegurar que hay una vulneración al derecho a la igualdad.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala Quinta de Revisión revocará la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal y por consiguiente tutelaré el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Lucía Jaramillo Ayerbe.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el 14 de septiembre de 2017, que a su vez confirmó la decisión adoptada el 10 de agosto del citado año por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante la cual se resolvió declarar improcedente el amparo y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Lucía Jaramillo Ayerbe.

SEGUNDO.- ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a corregir la historia laboral de la accionante y tenga en cuenta los aportes que hizo la Señora Lucía Jaramillo Ayerbe como trabajadora independiente, dentro de los ciclos 2005/06 a 2007/04. Así mismo, la entidad accionada podrá liquidar y recaudar las sumas correspondientes a los intereses y actualización monetaria, de acuerdo con la ley, si no lo hubiere hecho.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Impedimento aceptado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La accionante reconoció en su escrito de tutela que algunos periodos de cotización como trabajadora independiente, fueron realizados de manera extemporánea, incurriendo en mora. Folio 1, Cuaderno Principal.

[2] Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993

[3] Ingreso Base de Cotización.

[4] Folio 2, Cuaderno Principal.

[5] Folio 2, Cuaderno Principal.

[6] Folio 75, Cuaderno Principal.

[7] Folios 7 y 41, Cuaderno Principal.

[8] Reporte de la historia laboral de la accionante actualizada a 26 de julio de 2017. Folios 11 y 13, Cuaderno Principal.

3 Declaración de novedades y pago de cotizaciones en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente. La declaración de novedades de los trabajadores independientes deberá hacerse mediante formularios físicos, según el formato que se adopte conjuntamente por las Superintendencias Bancaria y de Salud, conforme a sus respectivas competencias. Los plazos para presentación de las declaraciones de novedades, y para el pago de los respectivos aportes mensuales serán los establecidos en el artículo 24 para los pequeños aportantes, según el último dígito de su documento de identidad.

[9] Folios 43, 44 y 58, Cuaderno Principal.

[10] Folios 48 y 49, Cuaderno Principal.

[11] Folios 73 y 74, Cuaderno Principal.

[12] Folio 1, Cuaderno de Revisión.

[13] Folio 4, Cuaderno de Revisión.

[14] El Decreto 3085 de 2007, reglamentó parcialmente el artículo 44 de la Ley 1122 de 2007. Artículo 44 de la Ley 1122 de 2007. De la información en el Sistema General de Seguridad Social. En el transcurso de los siguientes seis meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, el Ministerio de la Protección Social definirá el plan de implementación del Sistema Integrado de Información de la Protección Social, Sispro, este Plan será enviado al Congreso Nacional. Dicho sistema deberá cumplir las siguientes funciones: a) Registrar la información de acuerdo con las normas emanadas del Ministerio de la Protección Social. Capturar y sistematizar la información del Sistema de Vigilancia Epidemiológica, Sivigila, y ponerla a disposición del Instituto Nacional de Salud, del Ministerio de la Protección Social, la Comisión de Regulación en Salud, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de las Entidades Territoriales; b) Recoger y sistematizar la información que determine el Ministerio de la Protección Social para monitorear los resultados en salud de las Entidades Territoriales, las aseguradoras y los prestadores con el fin de alimentar el Sistema de Rectoría y Administración por resultados previsto en el artículo 22 de la presente ley. Parágrafo 1°. En todo caso las Entidades Promotoras de Salud, EPS, garantizarán la administración en línea de las bases de datos de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, asegurando su depuración, y el correcto y oportuno registro de las novedades. Estas se administrarán de acuerdo a los lineamientos técnicos del Ministerio de la Protección Social y estarán al servicio de los diversos actores que deben tomar decisiones especialmente el Ministerio de la Protección Social, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Fosyga, la Superintendencia Nacional de Salud, los Municipios, Distritos y Departamentos, las Administradoras del Régimen Subsidiado y los prestadores de servicios. Parágrafo 2°. La rendición de información y la elaboración del Registro Individual de Prestación de Servicios, RIPS, serán obligatorias para todas las entidades y organizaciones del sector que tengan parte en su elaboración y consolidación.

[15] Ídem.

[16] Sentencia de primera instancia visible en los folios 77 a 84, Cuaderno Principal.

[17] Folio 88, Cuaderno Principal.

[18] Sentencia de segunda instancia visible en los folios 3 a 14, Cuaderno número dos de la acción de tutela

[19] Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 17 de julio de 2014, radicación No. 11001-03-28-000-2014-00022-00(IMP), M.P. Susana Buitrago Valencia.

[20] Este Auto fue notificado el 7 de noviembre de 2017.

[21] Ver sentencias T-176 de 2011, T-442 de 2012 y SU-377 de 2014, entre otras.

[22] Artículo 5: La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta Ley.

[24] De conformidad con el Artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las prestaciones especiales que las normas legales le asignen y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, en los términos que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de entidad financiera de carácter especial.

[25] La UGPP fue creada mediante la Ley 1151 de 2007, artículo 156 (Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), el cual establece las funciones de esta Unidad, a saber:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la

administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003;

ii) Las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social. Para este efecto, la UGPP recibirá los hallazgos que le deberán enviar las entidades que administran sistemas de información de contribuciones parafiscales de la Protección Social y podrá solicitar de los empleadores, afiliados, beneficiarios y demás actores administradores de estos recursos parafiscales, la información que estime conveniente para establecer la ocurrencia de los hechos generadores de las obligaciones definidas por la ley, respecto de tales recursos. Esta misma función tendrán las administraciones públicas. Igualmente, la UGPP podrá ejercer funciones de cobro coactivo en armonía con las demás entidades administradoras de estos recursos.

[26] Ver entre otras, las sentencias T-246 de 2015 M.P (e) Martha Victoria Sáchica y T-038 de 2017, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[27] Ver por ejemplo la sentencia T-009 de 2016, M.P Alberto Rojas Ríos.

[28] T-328 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] T-093 de 2015. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[30] Sentencia T-036 de 2017, M.P Alejandro Linares Cantillo.

[31] Ley 100 de 1993, artículo 10.

[32] Sentencia T-250 de 2015 y T-037 de 2017 M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[33] Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Así mismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XVI establece el derecho a la seguridad social como la protección “(...) contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”.

[34] C-546 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero), C-107 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas) y T-079 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[35] Numeral primero del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

[36] T-438 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

[37] Ver Sentencia T-377 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos y el Decreto 3085 de 2007, que en su artículo 7, estableció lo siguiente: “Causación de intereses de mora. Los intereses de mora, se generarán a partir de la fecha de vencimiento del plazo para efectuar el pago de los aportes, salvo que el trabajador independiente realice este pago a través de entidades autorizadas por la Ley para realizar el pago en su nombre, caso en el cual los intereses de mora se causarán teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de los pagos de la entidad que realice los aportes por cuenta del trabajador independiente”.

[38] T-377 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[39] T-150 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa.

[40] Ídem.

[41] T- 706 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-463 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[42] T-076 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[43] T-482 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] Tanto para trabajadores independientes como dependientes.

[45] T-1019 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[46] T-643 de 2014. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

[47] T-761 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

[48] Ídem.

[49] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. MP. Isaura Vargas Díaz.

[50] Ídem.

[51] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia de Septiembre de 2014, M.P Rigoberto Echeverri Bueno. Rad: 48730-2014.

[52] Ver sentencias T-212 de 2011, M.P Juan Carlos Henao Pérez y T-094 de 2016, M.P Alejandro Linares Cantillo.

[54] T-167 de 2011. M.P Juan Carlos Henao Pérez.

[55] T-827 de 2014, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

[56] Sobre este tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias como: T-935 de 2006, M.P Clara Inés Vargas Hernández, T-574 de 2008 M.P Humberto Antonio Sierra Porto, y T-521 de 2010 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[57] T-456 de 2017, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

[58] Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 44 de la Ley 1122 de 2007. La ley 1122 de 2007 establece algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[59] C-177 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.