

T-398-13

NOTA DE RELATORIA: Mediante auto 203 de 2013, el cual se anexa, se aclaró y adicionó la presente sentencia en los numerales primero y segundo de su parte resolutive, en el sentido de indicar el nombre correcto del accionante y de incluir el número de su cédula de ciudadanía.

Sentencia T-398/13

PENSION DE VEJEZ-Naturaleza y finalidad

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna. El derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución. Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez. Resulta claro, entonces que cuando se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad social.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional cuando se vulneran derechos de las personas de la tercera edad

EMPLEADOR-Responsabilidad por omisión en el pago de aportes patronales y traslado de cotizaciones al sistema general de pensiones

PENSION DE VEJEZ-No puede negarse reconocimiento y pago por falta de aportes a la seguridad social por parte del empleador/ALLANAMIENTO A LA MORA EN EL PAGO DE

APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES

PENSION DE VEJEZ-Posibilidad de acumular tiempo de servicio a entidades estatales y cotizaciones al ISS para reunir el número de semanas necesarias para tener derecho a ella

PENSION DE VEJEZ-Obligación del empleador de realizar aprovisionamiento hacia futuro sobre cálculo actuarial por tiempo de servicios

PENSION DE VEJEZ Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Orden a Colpensiones reconocer pensión de vejez al accionante, quien es persona de la tercera edad

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE JUBILACION-Obligación de empleador del sector privado del aprovisionamiento hacia futuro de cálculos actuariales del tiempo servido por empleado con contrato laboral vigente a la fecha en que entró a regir la Ley 100/93

Referencia: expedientes T-3.820.292 y 3.820.920

Acciones de Tutela instauradas por Oscar Salazar Henao y Tomás José Morales Solera contra Colpensiones.

Derechos fundamentales invocados: a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil trece (2013)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de los procesos radicados bajo los números T-3.820.292 y T-3.820.920, que fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia en el Auto de la Sala de Selección número Tres de la Corte Constitucional del veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013), notificado el 9 de abril de dos mil trece (2013), para ser fallados en una sola sentencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, las pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

1. EXPEDIENTE T-3.820.920

1.1. ANTECEDENTES

El señor Oscar Salazar Henao, instauró acción de tutela contra Colpensiones y el Instituto de los Seguros Sociales, por considerar que están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, a la vida digna, de petición, a la seguridad social, a recibir información veraz y objetiva y a la salud al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez aduciendo que el accionante tenía cotizadas 1081 semanas, de las cuales 951 fueron como servidor público y que, a pesar de tener 70 años para esa fecha, no acredita las 1100 semanas exigidas por la ley 797 de 2003, artículo 9. Aunado a lo anterior, frente a la decisión negativa se presentó recurso de reposición el cual fue resuelto un año después, y aún no se ha recibido pronunciamiento sobre el recurso de apelación. Por tanto, solicita se tutelen sus derechos fundamentales en virtud de su avanzada edad y teniendo como base la sentencia C-100 de 2012, su condición de persona de la tercera edad por lo tanto, protegida especialmente por la Constitución, y se ordene al Instituto de los Seguros Sociales y/o a Colpensiones a que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela resuelva de fondo la solicitud del actor radicada desde el año 2008, en el sentido de reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

1.1.1. Hechos referidos por el accionante

1.1.1.1. El accionante comenta que nació el 25 de enero de 1940, en Sevilla, Valle, es decir, que a la fecha cuenta con 73 años de edad.

1.1.1.2. Señala que para el 1 de abril de 1994 ya contaba con 54 años de edad y había

trabajado en la Cooperativa de Caficultores de Sevilla, en la Asamblea del Departamento del Valle, en Cajanal, en la Industria de Licores del Valle y en la Gobernación del Valle. Su último cargo desempeñado fue el de Alcalde de Sevilla entre los años 2004 y 2007, cotizando un total de 1124 semanas.

1.1.1.3. El 10 de septiembre de 2008, indica, presentó ante el Instituto de los Seguros Sociales, solicitud de reconocimiento de pensión de vejez por considerar que cumplía con los requisitos exigidos.

1.1.1.4. Comenta que el 2 de agosto de 2010, 22 meses después de haber solicitado la pensión, el Instituto de Seguros Sociales, mediante la Resolución No. 7194 de 2010, niega la pensión solicitada al actor teniendo como argumento central que tenía cotizadas 1081 semanas de las cuales 951 correspondían a su labor como servidor público, que a pesar de tener 70 años no acredita las 1100 semanas exigidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y por lo tanto no era procedente reconocer la prestación solicitada, pues sus cotizaciones no fueron hechas de forma exclusiva al Instituto de los Seguros Sociales.

1.1.1.5. Señala que al sentirse inconforme con la decisión, el actor a través de apoderado, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 7194 de 2010.

1.1.1.6. Comenta que “en el trámite del Recurso de Reposición, un funcionario del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, le solicitó el pago de una suma de dinero, para reconocerle la pensión de vejez. Sobre esta situación se informó a la Gerencia Seccional del Valle, y se presentaron las denuncias penales correspondientes, que cursan en la Fiscalía General de la Nación Seccional Valle”.

1.1.1.7. Mediante la resolución No. 8860 de 2011, el Instituto de los Seguros Sociales resuelve el recurso de reposición y confirma la negativa del reconocimiento de la pensión teniendo como argumentos los mismos de la resolución anterior. Esta decisión se notificó en agosto de 2011, es decir, un año después de la presentación del recurso.

1.1.1.8. Reitera que a la fecha no ha sido notificado de algún pronunciamiento que resuelva el recurso de apelación y ya han pasado 4 años después de la solicitud de pensión.

1.1.1.9. Comenta que cuenta con 73 años de edad, no tiene servicio médico, no cuenta con un empleo que le genere un ingreso para su subsistencia, no tiene los recursos necesarios para sufragar los costos médicos de los especialistas que ha requerido por sus dolencias y ha hecho todo lo humanamente posible para obtener el reconocimiento de su pensión.

1.1.1.10. Se considera una víctima de la desidia administrativa del Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones, pues no hay justificación para que una persona de 73 años tenga que someterse a una situación de “hambre y necesidades” teniendo que demostrar que tiene el derecho, siendo beneficiario del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994 tenía más de 53 años, al 31 de julio de 2005 tenía cotizadas más de 750 semanas y, según jurisprudencia de la Corte, las semanas cotizadas a través de empleadores públicos y privados deben sumarse para cumplir con las 1000 requeridas por el Acuerdo 049 de 1990 (sentencia T-100 de 2012).

1.1.1.11. Por lo anterior, solicita se protejan sus derechos fundamentales y se ordene al Instituto de Seguros Sociales y/o a Colpensiones a que resuelva de fondo la solicitud del reconocimiento de pensión, en sentido de reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez e incluir en la nómina de pensionados para hacer efectivo el pago de la mesada pensional.

1.1.2. Traslado y contestación de la demanda

Radicada la acción de tutela el 23 de enero de 2013, el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, la admitió y ordenó correr traslado a los demandados para que en el término de 2 días hábiles contesten la acción de tutela e hicieran efectivo su derecho de defensa.

Vencido el término de traslado no se contó con respuesta de las entidades accionadas.

1.1.3. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas documentales que obran en el expediente:

1.1.3.1. Copia del documento de identidad del señor Oscar Salazar Henao.

1.1.3.2. Copia de la Resolución No. 7194 de 2010 que niega el reconocimiento de pensión de vejez al actor.

1.1.3.3. Copia de la Resolución No. 8860 de 2011, que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anterior, negando bajo los mismos argumentos.

1.1.3.4. Historia laboral del actor impresa el 3 de julio de 2012, emitida por el Instituto de los Seguros Sociales, en donde se refleja un faltante de 46, 35 semanas cotizadas.

1.1.3.5. Copia de la certificación laboral del actor fechada 31 de mayo de 2012, emitida por el Secretario General de la Asamblea del Valle, donde consta los periodos laborados por el peticionario.

1.1.3.6. Copia de certificación de información laboral del actor, expedida por la Gobernación del Valle del Cauca, fechada 4 de junio de 2012.

1.1.3.7. Copia de certificación de información laboral del actor, con fecha de expedición 31 de mayo de 2012.

1.1.3.8. Copia de certificación de salario base del actor, con fecha de expedición 31 de mayo de 2012.

1.1.3.9. Copia de certificación de salarios mes a mes del actor, con fecha de expedición 31 de mayo de 2012.

1.1.3.10. Copia de la primera página de la respuesta del 11 de mayo de 2011 que da la Gobernación del Valle del Cauca al derecho de petición radicado por el actor.

1.1.3.11. Copia de derecho de petición fechado 6 de junio de 2012, interpuesto por el actor ante el Instituto de Seguros Sociales, solicitando la liquidación, reconocimiento y pago de la pensión teniendo en cuenta que reúne los requisitos necesarios para ello, según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y por ser beneficiario del Acto Legislativo 01 de 2005.

1.1.3.12. Copia de la orden clínica No. 1508603 del 14 de noviembre de 2012, por valoración de urología de Comfandi al actor.

1.1.3.13. Copia de resultado de laboratorio clínico realizado al actor, con fecha 16 de noviembre de 2012.

1.1.3.14. Copia de comunicado enviado al Ministro de Trabajo, por correo electrónico con fecha 30 de octubre de 2012, en donde relaciona la situación actual y lamentable del actor y solicita su intervención.

1.1.3.15. Oficio No. 169238 de fecha 1 de noviembre de 2012, del Ministerio de Trabajo a Colpensiones poniendo en conocimiento éste y otros casos.

1.1.3.16. Oficio No. 169239 de fecha 1 de noviembre de 2012, del Ministerio de Trabajo a Fiduprevisora poniendo en conocimiento éste y otros casos.

1.1.3.17. Poder del actor al doctor William David Gil para que pueda notificarse de la sentencia de tutela y presente los recursos legalmente procedentes.

1.1.3.18. Correo electrónico del 31 de enero de 2013 del señor Jorge Orlando Cortes Poveda a Mariela González Alfonso, con asunto priorización de expedientes, en donde se encuentra relacionado el del actor.

1.1.3.19. Copia del pantallazo de la página del Seguro Social en donde se muestran los datos de la acción de tutela impetrada por el actor contra dicha entidad.

1.1.4. Decisiones judiciales

1.1.4.1. Fallo de única instancia - Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

El Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante providencia del cinco (5) de febrero de dos mil trece (2013), tuteló el derecho fundamental de petición del actor, ordenando al Instituto de Seguros Sociales y al doctor Pedro Nel Ospina Santamaría, a que en el término de 48 horas a partir de la notificación de la sentencias, se pronuncien al respecto del pedimento.

Precisó que como a la fecha no se ha evidenciado una decisión por parte de la accionada al recurso de apelación impetrado por el actor, se está desconociendo el trámite de la vía gubernativa y por lo tanto, se ha vulnerado el derecho de petición del accionante.

Anotó que aunque el petente solicitó el amparo de otros derechos constitucionales, su protección resulta implícita al tutelar el derecho de petición.

1.1.4.2. Comunicación del Instituto de los seguros Sociales

El día 20 de febrero de 2013, el Gerente del Instituto de los Seguros Sociales, doctor Jesús Antonio Moreno Cuaran, radicó oficio informando que se encuentran en el proceso de envío del expediente administrativo relacionado con la acción de tutela bajo estudio a Colpensiones, para que dicha entidad emita la respuesta de fondo solicitada por el accionante, por lo que solicitan un término prudencial mientras se termina el proceso de envío de expedientes.

De igual manera solicita abstenerse de imponer cualquier sanción contra funcionarios del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, por cuanto ningún funcionario tiene competencia para decidir o dar respuesta de fondo a las peticiones del accionante.

2. EXPEDIENTE T-3.820.292

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. Solicitud

El señor Tomás José Morales Solera, a través de apoderado, instauró acción de tutela contra Colpensiones y Agrícola Las Azores S.A. por considerar que están vulnerando su derecho fundamental a la vida digna al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez aduciendo que el accionante no reunía el requisito de 1000 semanas cotizadas. A juicio del accionante la entidad no ha tenido en cuenta las semanas causadas entre el 12 de mayo de 1983 y el 11 de diciembre de 1992. Por tanto, solicita se tutele su derecho fundamental y se ordene a Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez y que a ese reconocimiento se vincule la empresa Agrícola Las Azores S.A. para que se defina el grado de participación a que está obligada en razón de las pensiones que inicialmente estuvieron a su cargo.

2.1.2. Hechos referidos por el accionante

2.1.2.1. El accionante comenta que nació el 11 de octubre de 1934, es decir que cuenta con 78 años de edad.

2.1.2.2. Señala que el 25 de mayo de 1983 celebró contrato de trabajo a término indefinido con Los Cedros S.A., sociedad comercial que pasó después a denominarse Agrícola Los Azores S.A., el cual hoy sigue vigente, lo cual indica que está laborando continua e ininterrumpidamente con el mismo empleador desde hace 29 años.

2.1.2.3. Considera que si la prestación del servicio se ha realizado de forma ininterrumpida al mismo empleador se concluye que dicha persona ha cotizado al sistema general de pensiones un total de 1.450 semanas al 25 de mayo de 2012, tomando como base 50 semanas por cada año cotizado, sin importar en qué entidad se encuentren los dineros pues las que no aparezcan en el seguro social serán responsabilidad del empleador.

2.1.2.4. Indica que según información aportada por el Seguro Social, el accionante se afilió a esa AFP el 11 de diciembre de 1992, por lo cual las cotizaciones causadas con anterioridad, es decir, entre el 25 de mayo de 1983 y el 11 de diciembre de 1992, corrieron por cuenta del empleador.

2.1.2.5. Arguye que teniendo en cuenta su fecha de nacimiento se tiene que para cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993 tenía 39 años de edad, es decir, lo cubre el régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha ley, por lo tanto la norma aplicable para efectos de su pensión de vejez es el decreto 758 de 1990.

2.1.2.6. Señala que los requisitos exigidos en dicha norma para el reconocimiento de una pensión de vejez son que se hayan cumplido mínimo 60 años de edad y que se hayan cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 entre los 40 y 60 años de edad.

2.1.2.7. Indica que, si comenzó a laborar el 25 de mayo de 1983, su empleador debió hacer las debidas cotizaciones o hacerse cargo de las mismas, así, si se calculan 50 semanas por año ya habría cumplido con el requisito desde mayo de 2003 cuando tenía 69 años de edad, es decir, desde hace 9 años debió ser pensionado por vejez.

2.1.2.8. En el 2005, señala, el actor intentó que la empresa se hiciera cargo de la pensión

a través de la conciliación pero no fue posible porque para esa fecha las cotizaciones ya se hacían al Seguro Social.

2.1.2.9. Ese mismo año hizo el reclamo ante el Seguro Social el cual le negó el reconocimiento de la pensión de vejez porque aún no reunía las 1000 semanas cotizadas necesarias, seguramente, concluye el actor, porque allí no ingresaron las causadas entre el 12 de mayo de 1983 y el 11 de diciembre de 1992.

2.1.2.10. Comenta que, ahora que encontró un poco de asesoría adecuada, “retoma el tema pues es una persona iletrada que se ha dedicado al trabajo raso en una finca bananera”.

2.1.2.11. Aduce que es una persona de la tercera edad, considerado sujeto de especial protección constitucional, que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta pues sufre problemas de salud y se encuentra incapacitado por un problema de carácter articular que le impide el movimiento en uno de sus brazos necesitando, incluso, el uso de morfina para mitigar el dolor, sumándole que para esto debe cada 20 días solicitar la renovación de su incapacidad y en caso de no renovarse deberá volver a su trabajo.

2.1.2.12. Considera que no es proporcionado que se le exija acudir a un proceso ordinario pues es posible que para la época en que se profiera una decisión ya se haya producido su muerte y por esto la acción de tutela le resulta el mecanismo idóneo y más eficaz para solicitar la protección de sus derechos.

2.1.2.13. Por lo anterior, solicita que su derecho fundamental sea amparado y se ordene a la accionada a que le reconozca y pague la pensión de vejez a que tiene derecho.

2.1.3. Traslado y contestación de la demanda

2.1.3.1. Contestación de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES

2.1.3.1.1. En primer lugar, aduce falta de competencia de Colpensiones conforme a los decretos que ordenan su entrada en operación y reglamentan la supresión y liquidación del Instituto de los Seguros Sociales.

Al respecto señala que si bien es cierto que de conformidad con el Decreto 2011 de 2012 se ordenó la entrada en operación de Colpensiones a partir de esa fecha, también lo es que la defensa de las acciones de tutela que se encuentren en curso al 28 de septiembre de 2012 continúa a cargo del ISS, por lo tanto, sólo aquellas tutelas radicadas posteriormente quedan bajo responsabilidad de Colpensiones.

2.1.3.1.2. Como segunda medida, señala que existe un desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela.

Considera que al recibir una negativa de su solicitud por parte del Seguro Social de reconocimiento de pensión de vejez, la vía procesal adecuada para solicitar su reconocimiento es la jurisdicción ordinaria laboral, sin tener en cuenta que Colpensiones sólo se enteró de dicha solicitud en el trámite de la acción de tutela, y aún no se ha elevado ante ellos un nuevo estudio o valoración, lo que la torna aún más improcedente.

2.1.3.1.3. Finalmente, solicita que se vincule obligatoriamente al Instituto de los Seguros Sociales al trámite de tutela para que remita el “correspondiente insumo” para que Colpensiones pueda emitir respuesta a los afiliados, pues aún no ha recibido los expedientes administrativos que contienen la información para resolver de fondo las solicitudes presentadas, “generando una situación actual de imposibilidad material para responder de fondo lo solicitado”.

2.1.3.1.4. En vista de lo anterior, Colpensiones considera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al actor y solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva. Subsidiariamente, solicita se declare improcedente la acción o se ordene al Instituto de Seguros Sociales entregar digital o físicamente, el expediente del peticionario.

2.1.3.2. Contestación de la empresa Agrícola Las Azores S.A.

2.1.3.2.1. Antes de referirse a los hechos y pretensiones del actor, precisa que el señor Morales Solera demandó a dicha empresa en proceso laboral ordinario radicado y fallado en ese mismo despacho judicial, por lo cual solicita que se incluyan los supuestos de hecho y el material probatorio incorporado en el proceso referido y en el cual, ya se había declarado que la empresa Agrícola Las Azores S.A. no estaba legitimada por pasiva para el

reconocimiento y pago de la pensión de vejez del peticionario.

2.1.3.2.2. Señala que no es cierto que el contrato de trabajo se haya celebrado inicialmente con la sociedad los Cedros S.A. que luego esta empresa haya pasado a denominarse Agrícola Las Azores S.A., pues el actor celebró inicialmente contrato de trabajo con el señor Rafael Ignacio Rocha Camacho, quien obraba como empleador independiente.

El 24 de julio de 1989, con ocasión de un proceso sucesorio, se produjo el cambio en la parte empleadora y ésta pasó a la sociedad Jardines de Paz S.A. a quien se le adjudicó la hijuela de deudas.

Luego hubo otro cambio en el empleador por cuanto entre la sociedad Jardines de Paz S.A. y la Sociedad Los cedros S.A. se realizó contrato de compraventa y, finalmente, el 11 de agosto de 1999, por otra compraventa sobre la finca los Cedros, se produjo una sustitución patronal entre los Cedros S.A. y la sociedad Agrícola Las Azores S.A.

Indica que de estas situaciones se presentaron las copias de contratos, afiliaciones y certificados respectivos, durante la contestación de la demanda ordinaria laboral antes referida.

2.1.3.2.3. Comenta que no se puede “colegir que a partir de la fecha de inicio de labores del señor Tomás Morales se inició la cotización al Sistema General de Seguridad Social, pues esto desconoce, primero, que el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) mediante resolución No. 03878 de Julio 17 de 1986, asumió el riesgo de invalidez, vejez y muerte (IVM) en el municipio de Carepa; y segundo, que la falta de afiliación oportuna del señor Tomas Morales Solera a las coberturas de invalidez, vejez y muerte, no se debió a una omisión imputable a la parte empleadora, sino a la imposibilidad absoluta en que ésta se vio colocada por la acción y/o omisión del mismo trabajador y/o de las organizaciones sindicales a que éste estuvo afiliado, quienes se negaron sistemáticamente a consentir la entrega de los documentos necesarios para la afiliación y a suscribir el formulario mismo de la afiliación al ISS.

2.1.3.2.4. Arguye que es cierto que en el 2005 la empresa trató de conciliar con el actor su retiro voluntario otorgándole una pensión temporal mientras era pensionado por el

ISS, pero quien no tuvo ánimo conciliatorio fue el accionante porque manifestó que lo que quería era ser pensionado por el Instituto de los Seguros Sociales.

2.1.3.2.5. Sostiene que no se puede dar por sentado, por el sólo hecho de la edad del accionante, que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, pues su derecho al mínimo vital no se ha vulnerado teniendo en cuenta que se le han pagado sus incapacidades por parte de la ARP.

2.1.3.2.6. Finaliza enfatizando en que no se puede desconocer la decisión que ya se emitió dentro del proceso ordinario en donde se declaró que la entidad Agrícola Las Azores S.A. no está legitimada por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante, ni parcial ni totalmente.

2.1.3.2.7. Teniendo en cuenta lo anterior solicita negar el amparo en lo que concierne al reconocimiento total o parcial de la pensión de vejez respecto de la empresa ya que no se le han vulnerado derechos fundamentales al actor y porque su pretensión ya fue resuelta en proceso ordinario.

2.1.4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas documentales que obran en el expediente:

2.1.4.1. Poder suscrito por el accionante al doctor Luis Carlos Álvarez Machado, para que inicie la acción de tutela contra el Seguro Social y Agrícola Las Azores S.A., fechado 26 de septiembre de 2012.

2.1.4.2. Certificación expedida el 19 de julio de 2011, por la Dirección de Recursos Humanos de Agrícola Las Azores S.A. en donde consta que el actor labora para esa empresa desde el 25 de mayo de 1983, en el cargo de Oficios Varios, con una asignación mensual de \$659.000 y tipo de contrato a término indefinido.

2.1.4.3. Copia de la Resolución No. 10134, fecha ilegible, emitida por el Seguro Social, en donde revoca la Resolución No. 002940 del 24 de febrero de 2004, que reconoció indemnización sustitutiva al actor y niega el reconocimiento de la pensión de vejez al asegurado.

- 2.1.4.4. Copia del certificado de registro civil de nacimiento del actor.
- 2.1.4.5. Copia de Concepto Equipo Interdisciplinario, emitido por Positiva Compañía de Seguros, con fecha de apertura 18 de mayo de 2012, realizado al actor, que arroja como diagnóstico "Reconstrucción del Manguito Rotador".
- 2.1.4.6. Copia de relación de semanas cotizadas por el accionante al Seguro Social, actualizado a 27 de septiembre de 2012.
- 2.1.4.7. Copia de acta de no conciliación No. 091 suscrita en Apartadó Antioquia, el 1 de junio de 2005, entre el actor y la apoderada de Agrícolas Las Azores S.A. Finca los Cedros.
- 2.1.4.8. Copia del oficio No. 001041 de Colpensiones al doctor Néstor Raúl Correa Henao, Presidente Sala Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, fecha 22 de mayo de 2012, Asunto: Defensa Judicial Colpensiones.
- 2.1.4.9. Certificación del 21 de septiembre de 2012, emitida por la Vicepresidente de Talento Humano de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, donde constan las funciones específicas del Gerente nacional de Defensa Judicial de Colpensiones.
- 2.1.4.10. Copia de la circular PSAC 12-22 del 20 de junio de 2012, de la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para los tribunales y juzgados de la República, asunto: defensa judicial, donde les anexa el oficio 001041 relacionado anteriormente.
- 2.1.4.11. Copia del oficio PSA 12-2235 del 20 de junio de 2012, de la Presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dirigido al Presidente de Colpensiones informando la expedición de la Circular PSA 12-22 de 2012 y adjuntando copia.
- 2.1.4.12. Copia de la Resolución No. 39 del 13 de julio del 2012, emitida por el presidente de Colpensiones, por la cual se efectúa una delegación de funciones y se asigna la facultad de suscribir actos en la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2.1.5. Decisiones judiciales

2.1.5.1. Fallo de primera instancia - Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó

El Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, mediante providencia del diecisiete (17) de octubre de dos mil doce (2012), concedió transitoriamente el amparo del derecho fundamental a una vida digna invocado por el accionante.

Precisó que teniendo en cuenta la respuesta dada por la accionada Los Azores S.A., el despacho buscó la acción de tutela y el proceso ordinario referidos en dicha contestación.

Sobre la acción de tutela encontró que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó, el 18 de enero de 2012, amparó los derechos fundamentales del actor ordenando la práctica de un procedimiento médico y el pago de unas incapacidades médicas, pero no ordenó el pago de todas las incapacidades que se le otorguen de manera indefinida.

Respecto del proceso ordinario, se encontró que se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad Agropecuaria Las Azores S.A. para el reconocimiento de la pensión de vejez, y declaró excepción de petición antes de tiempo de la pensión contra el Instituto de los Seguros Sociales. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Laboral el 24 de marzo de 2009, pero por razones que tenían que ver con la acumulación del tiempo de servicio y semanas cotizadas al ISS.

Sobre la solicitud de Colpensiones de ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva, no la encuentra admisible porque según consta en el folio 1 de la acción de tutela ésta fue presentada el 2 de octubre de 2012, en consecuencia inició su curso posterior al 28 de septiembre de 2012 cuando inició sus funciones Colpensiones, por tanto, es esta entidad la que debe asumir la defensa.

Reconoció que el actor es una persona de la tercera edad pues ya cuenta con 78 años, a pesar de esto se encuentra todavía trabajando aunque no puede prestar el servicio por padecer un cuadro clínico compatible con lesión alta de plexo braquial.

En cuanto a la vulneración de derechos fundamentales señaló que una persona de la tercera edad, que sufre problemas de salud y que tendría que vincularse a prestar el servicio en el momento en que no se le otorguen más incapacidades se le afectan garantías

como la dignidad, su mínimo vital ya que si no puede trabajar el empleador no lo conservará vinculado laboralmente, además de no ser cierto que la ARP tenga que pagar todas las incapacidades hasta que mejore su estado de salud, así que el tutelante no tiene otro medio que la pensión de vejez para cubrir sus necesidades.

Señala que por su avanzada edad no es proporcionado que tenga que esperar otro proceso judicial por lo tanto la acción de tutela es el mecanismo idóneo para elevar su solicitud.

Sobre el requisito de semanas cotizadas se tiene que no hay duda que al sumar el tiempo de servicio sin afiliación a seguridad social en pensiones (del 25 de mayo de 1983 al 11 de diciembre de 1992) son nueve años y 169 días para un total de 492.14 semanas, más las 768 reportadas por el ISS, contando con que el empleador pague el cálculo actuarial a Colpensiones para así completar el total de semanas necesarias para el reconocimiento de la pensión. No deja de lado que el actor ya supera los 60 años de edad lo que da lugar a que el actor puede tener la titularidad del derecho.

Aclara que mientras no se demande por los medios legales el traslado o puesta a disposición por parte del empleador del cálculo actuarial correspondiente al tiempo de afiliación, no puede el despacho otorgar la pensión de vejez reclamada, por tanto protege los derechos del actor de manera transitoria.

2.1.5.2. Impugnación

El representante legal de la empresa Agrícola Las Azores S.A., presentó escrito de impugnación del 14 de noviembre de 2012, sustentado de la siguiente manera:

Considera que en este caso se ha demostrado que no existe amenaza ni vulneración al mínimo vital y que no hay elementos que permitan dilucidar un perjuicio irremediable, pues su vínculo laboral actual con la empresa está vigente y, por lo tanto, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social, así la ARP ha venido pagando sus incapacidades.

Señala que el apoderado del accionante se ha limitado a referenciar el estado de salud de su poderdante y la situación en la que se encontraría si no le fueran pagadas las incapacidades temporales, pero en el proceso no existe siquiera una evidencia del gestión o trámite orientada a determinar la existencia de una pérdida de capacidad laboral que

podría ayudar a determinar el reconocimiento de una pensión de invalidez, si fuera el caso.

Indica que el juez de tutela declara que no es cierto que la ARP deba pagarle todas las incapacidades hasta que mejore su estado de salud pues jurídicamente, no está probada esa decisión, pero eso no es del todo cierto ya que legal y jurisprudencialmente existe esa obligación para la ARP, así que de esta manera tampoco se están vulnerando derechos fundamentales al accionante.

Reitera su desacuerdo con el fallo de tutela de primera instancia ya que “configura un prejuzgamiento sobre la eventual controversia que debe plantearse en el curso de un proceso ordinario laboral sobre la obligación de realizar cotizaciones por tiempos laborados sin afiliación, según lo afirmado por el apoderado del actor, en especial si se considera que existe una decisión judicial que se encuentra ejecutoriada y en firme que ha declarado a esta sociedad no legitimada por pasiva para responder por la pensión del señor Morales”.

Por lo anterior, solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar niegue las peticiones de amparo elevadas por el actor.

2.1.5.3. Solicitud aclaración de fallo de tutela

Colpensiones solicita aclaración del fallo proferido el 17 de octubre de 2012 en atención a lo siguiente:

2.1.5.3.1. Hasta el momento la entidad no ha recibido el expediente administrativo del actor que contiene toda la información suficiente para resolver la solicitud pensional ante el Instituto de Seguro Social, por lo tanto se genera una situación imposible para responder lo solicitado, por lo que se ata al postulado de que “nadie está obligado a lo imposible”.

2.1.5.3.2. Considera que el término de 48 horas otorgado para cumplir el fallo no es prudente teniendo en cuenta que la entidad debe realizar el estudio pensional desde cero, generándose una desigualdad frente a la entidad de donde realmente proviene la vulneración del derecho, el ISS y además, teniendo en cuenta el volumen grande de solicitudes que están represadas del mismo Instituto a las cuales hay que darle trámite.

2.1.5.3.3. Por lo anterior señala que se encuentran supeditados a las condiciones de tiempo, lugar y modo que use el Instituto de Seguros Sociales para la entrega del expediente. De igual manera, reitera que la entidad no ha vulnerado derechos fundamentales al actor.

2.1.5.3.4. Solicita un término no inferior a dos meses para resolver de fondo la petición, contados a partir de la entrega del expediente del peticionario por parte del Instituto de Seguros Sociales.

2.1.5.4. Auto que niega la aclaración de sentencia por extemporaneidad

El Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, por medio de auto interlocutorio No. 1141 del 5 de diciembre de 2012, resuelve negar por extemporánea la solicitud de aclaración de la sentencia de tutela No. 313 proferida el 17 de octubre de 2012. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

2.1.5.5. Fallo de segunda instancia - Tribunal Superior de Antioquia, Sala Primera Laboral

2.1.5.5.1. En primer lugar, a pesar de estar demostrado que el peticionario es una persona de la tercera edad, que supera los 60 años, no está probado la existencia de un perjuicio irremediable ni una afectación al mínimo vital, pues sigue recibiendo un ingreso por estar vinculado laboralmente a la sociedad Agrícola Los Azores, y se le ha garantizado la cobertura del Sistema General de Seguridad Social.

2.1.5.5.2. En segundo lugar, clarifica que si el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de vejez y frente a esta decisión, el demandante no interpuso recurso alguno, no por esto se puede afirmar que el actor no tiene derecho a dicha prestación, por lo tanto es necesario que acuda a la jurisdicción ordinaria para que se dirima este conflicto laboral.

3. CONSIDERACIONES

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las

facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, y 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

Examinados los presupuestos fácticos de los asuntos acumulados en la presente tutela, se tiene que en ellos se debate la procedencia de la acción de amparo con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Ante la situación planteada corresponde a la Sala decantar los siguientes problemas jurídicos: i) si la empresa Agrícolas los Azores vulneró los derechos fundamentales del actor al no realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones del período comprendido entre el 25 de mayo de 1983 hasta el 11 de diciembre de 1992. ii) ¿La Administradora de Pensiones vulnera los derechos fundamentales al negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aduciendo que el accionante no cumplió con el tiempo de servicio derivado del régimen de servidores públicos Ley 33 de 1985, aun cuando omitió tener en cuenta un tiempo de cotización?

Para la resolución de los problemas planteados, la Sala i) en primer lugar, hará una breve referencia acerca de naturaleza y finalidad de la pensión de vejez, ii) abordará el análisis de la tesis sobre la vida probable de un sujeto de la tercera edad, iii) estudiará la omisión en el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones a cargo del empleador, iv) analizará el sistema de seguridad social en pensiones antes y después de la expedición de la Ley 100 de 1993, v) por último, se resolverán los casos concretos.

4. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

La pensión de vejez se constituye como una prestación económica, resultado final de largos años de trabajo, ahorro forzoso en las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y cuando la disminución de la capacidad laboral es evidente. Su finalidad directa es garantizar la concreción de los derechos fundamentales de las personas traducidos en la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.

Sobre la definición de la pensión de vejez, la sentencia C-107 de 2002[1] expresó:

“En la actualidad la pensión de vejez se define como “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”

El desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se encuentran sometidas las personas que a lo largo de su vida han laborado, encuentra su recompensa en la obtención de la pensión de la vejez, la cual garantiza unas condiciones mínimas de subsistencia. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuestas a un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral.

En cuanto a la finalidad inmediata de la pensión de vejez[2], la citada Sentencia indicó:

“ En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto “garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en que consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez”

Por tanto, el derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.

Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez.

La ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, artículo 9, señala las condiciones para acceder a la pensión de vejez, se traducen en:

“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”.

Resulta claro, entonces que cuando se acredita el cumplimiento de estos requisitos consagrados en la ley, la persona se hace acreedora de la obtención de la pensión de vejez, la cual se encuentra en consonancia con el derecho a la seguridad social.

Ahora bien, si el reconocimiento de la pensión es solicitado por una persona de la tercera edad, nos encontramos en presencia “del principio de la protección reforzada”, el cual en virtud de la Carta Constitucional ha consagrado unas garantías especialísimas para estos sujetos con amplia protección constitucional.

Es así como el artículo 46 de la Constitución Política afirma que el Estado a las personas de la tercera edad “les garantizará los servicios de seguridad social integral”

5. OMISIÓN EN EL PAGO DE LAS COTIZACIONES AL SISTEMA DE PENSIONES A CARGO DEL EMPLEADOR

En cuanto a la obligatoriedad de las cotizaciones al sistema de pensiones por parte del empleador, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, dispone:

“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.” (Negrilla fuera del texto original).

En otras palabras, a cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores. Esta obligación solo finaliza cuando el trabajador: (i) cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada.

Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.

Sobre el mismo punto, en la Sentencia T-558 de 1998[3], la Sala Segunda de Revisión explicó:

“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte, de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable 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.

Dicho de otra forma: retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez.” (Negrilla fuera del texto original).

Así, queda claro que la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha determinado si la mora en el traslado de los aportes a las entidades de seguridad social por parte del empleador, es una causal directa que imposibilita la obtención de la pensión de vejez. Tanto la jurisprudencia como la Ley 100 de 1993 y el decreto reglamentario 2633 de 1994, han delimitado una posición uniforme sobre este punto.

La Corte frente a dicho interrogante ha establecido:

“... esta Corte ha indicado en reiteradas oportunidades que no es aceptable hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud o en pensiones, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hicieron las deducciones respectivas, de suerte que resulta ajeno a la situación de mora que, por otra parte, debe ser subsanada por dichas entidades mediante el uso de los instrumentos que la ley les concede para el recaudo de los aportes”[4]

En este orden de ideas, cuando el empleador no efectúa el pago de las cotizaciones al sistema de pensiones, ésta última tiene el deber legal de recaudar los dineros adeudados por el empleador a través del cobro judicial, mecanismo jurídico establecido en la Ley.

El procedimiento para constituir en mora al empleador para el pago de las cotizaciones, consagrado en la Ley 100 de 1993[5], se traduce en: (i) cuando expira el plazo señalado para que el empleador moroso efectúe el pago de los aportes a la Administradora del Fondo de Pensiones, será requerido mediante comunicación, (ii) transcurridos 15 días contados a partir del envío de la comunicación si el empleador no se pronuncia, se elaborará la liquidación de la deuda, (iii) la liquidación elaborada por la AFP prestará mérito ejecutivo, por lo cual se podrá ejecutar el cobro coactivo de la obligación.

No obstante, aún cuando el empleador de manera tardía o no haya pagado las cotizaciones al sistema de pensiones del trabajador, si ésta entidad de seguridad social no ejerce el cobro coactivo, ni los mecanismos judiciales establecidos en la Ley para que cumpla a cabalidad con su obligación, se entenderá que se allanó a la mora y, por tanto, será la Administradora del Fondo de Pensiones la obligada directa a reconocer el pago de la pensión de vejez del trabajador.

En este sentido esta Corporación expresó:

“(…) estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago de forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización. Las eventualidades como la mora del empleador están contempladas en la Ley, que crea los mecanismos para su cobro y sanción”[6]

Asimismo lo explicó esta Corporación en la sentencia T-928 del 19 de septiembre de 2008[7]:

“La teoría del allanamiento a la mora fue aplicada en un primer momento en asuntos relacionados con el pago de la licencia de maternidad. En tales oportunidades, la Corte consideró que si una empresa promotora de salud no alegaba la mora en el pago de las cotizaciones al Sistema de Salud, posteriormente no podía acudir a ese argumento para oponerse al pago de la prestación económica solicitada, toda vez que sería tanto como alegar su propia negligencia al no hacer uso de las herramientas jurídicas existentes para reclamar al empleador o al trabajador independiente el pago oportuno de las cotizaciones”.

Posteriormente, mediante Sentencia T-413 de 2004[8] esta Corporación sostuvo que la tesis del allanamiento a la mora “era susceptible de aplicación en cuestiones relacionadas con la negativa de las E.P.S. y A.R.S. a cancelar a los trabajadores incapacidades derivadas de contingencias de origen común o profesional” (...)

Tal como lo indicó la Corte en la sentencia T-177 de 1998[9], el allanamiento a la mora es una aplicación del principio de buena fe, pues si la Administradora del Fondo de Pensiones no alega la mora en la cancelación de los aportes y luego se niega el reconocimiento de la

prestación económica al trabajador, se favorecería la ineptitud y negligencia del empleador en el cobro de la cotización y se desestimarían los efectos jurídicos que genuinamente se espera que genere el pago de los aportes.

6. COTIZACIONES AL RÉGIMEN DE PENSIONES ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 100 DE 1993.

Esta Corporación ha examinado en reiteradas ocasiones la evolución que antecede al actual Sistema General de Seguridad Social en materia pensional, establecido en la Ley 100 de 1993.

Se ha establecido que anteriormente no existía un desarrollo normativo idóneo en el tema, en razón a que coexistían diferentes regímenes administrados por diversas entidades y correspondía a determinados empleadores asumir el pago de las cotizaciones en pensiones.

Inicialmente, se constituía como una obligación patronal, el reconocimiento de la pensión de vejez, jubilación, por tanto con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la ley 6ª de 1945[10] la cual se denominó como el primer Estatuto Orgánico del Trabajo.

El artículo 12 de la citada ley estableció las prestaciones a cargo del patrono, las cuales se traducen en:

Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros:

a) Las indemnizaciones por accidentes de trabajo en proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones que el Gobierno promulgue, hasta por el equivalente del salario en dos años, además de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal asistencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses.

Para estos efectos se entiende por accidentes de trabajo toda lesión orgánica o perturbación funcional que afecte al trabajador en forma transitoria, permanente o definitiva, motivada por un hecho imprevisto y repentino, que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, siempre que la lesión o perturbación no sea provocada

deliberadamente, o por falta grave o intencional de la víctima.

b) Las indemnizaciones por enfermedad profesional, en proporción al daño sufrido y hasta por el equivalente del salario en dos años; además de la asistencia médica, terapéutica, quirúrgica y hospitalaria, a que hubiere lugar, y las dos terceras partes del salario mientras tal asistencia sea obligatoria, sin pasar de seis meses. Para estos efectos, se entiende por enfermedad profesional un estado patológico que sobreviene como consecuencia obligada de la clase de trabajo que ha desempeñado el individuo, o del medio en que se haya visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.

El Gobierno elaborará una tabla de valuación de incapacidades por accidentes de trabajo y otra de enfermedades profesionales, de acuerdo con las definiciones anteriores, previo concepto de la Academia Nacional de Medicina, tablas que serán sometidas al Congreso ordinario de mil novecientos cuarenta y cinco en forma de proyecto de ley, junto con el concepto razonado del cuerpo técnico consultado.

Mientras el Congreso adopta las tablas de que se habla en el inciso precedente, regirán las elaboradas por el Gobierno.

Las enfermedades endémicas y epidémicas de la región solo se considerarán como profesionales cuando se adquieran por los encargados de combatirlas en razón de su oficio.

En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo por culpa comprobada del patrono, el valor de la indemnización se descontará del monto de la condenación ordinaria por perjuicios.

c) El auxilio por enfermedad no profesional, hasta por ciento ochenta (180) días de incapacidad comprobada para trabajar, así: las dos terceras partes del salario, durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante.

d) Los gastos indispensables del entierro del trabajador, hasta por el equivalente del salario del último mes anterior a la enfermedad.

e) Quince días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio que se

preste a partir del diez y seis (16) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944). La época de vacaciones será señalada por el patrono, a más tardar dentro del año subsiguiente. Queda prohibido compensar las vacaciones en dinero antes de extinguirse el correspondiente contrato de trabajo, pero las partes podrán convenir en acumular las vacaciones hasta por cuatro años.

f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato” (...)

El artículo 14 de la mencionada ley estableció la obligación del patrono al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al trabajador que acredite unos requisitos:

“La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

(..)

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.”

Posteriormente se expidió la Ley 90 de 1946, la cual creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales[11].

El artículo 72 de la citada ley, instituyó en Colombia un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, al establecer una ejecución progresiva del sistema de seguro social, pues estableció:

“Las prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales

disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso. Desde esa fecha empezarán a hacerse efectivos los servicios aquí establecidos, y dejarán de aplicarse aquellas disposiciones anteriores”. (Negrilla y Subrayado fuera del texto)

Ulteriormente, en virtud del Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950[12], en el cual se adoptó el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 259 dispuso, de manera temporal, el pago de las prestaciones sociales, tales como la pensión de vejez, a cargo del empleador hasta que el riesgo correspondiente fuera asumido por el Instituto del Seguro Social:

“1. Los empleadores o empresas que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo capítulo.

2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto.”(Negrilla fuera de texto)

Luego la Ley 71 de 1988, en su artículo 7 otorgó la posibilidad de acumulación de aportes para los trabajadores del sector público y del sector privado que a partir de su vigencia, diciembre 19 de 1988, acreditaran 20 años de aportes cotizados:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

En el artículo 8 la mencionada ley, estableció:

“Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidos, se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión.

Para tal fin la entidad de previsión social o el I.S.S., comunicarán al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio. Para cobrar su primera mesada el pensionado deberá acreditar su retiro, mediante copia auténtica del acto administrativo que así lo dispuso o constancia expedida por el Jefe de Personal de la entidad donde venía laborando, o de quien haga sus veces”.

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional” (Negrilla fuera de texto)

Se alude en razón a lo expuesto que la Ley 100 de 1993, logró la desarticulación entre los diversos regímenes que coexistían con anterioridad, lo cual les impedía a los trabajadores la acumulación de tiempo por semanas laboradas para distintos empleadores, generando así desigualdad e inequidad y un detrimento directo a sus derechos fundamentales.

En este sentido, la Sentencia C- 506 de 2001[14] reiteró lo establecido en la sentencia C-177 de mayo 4 de 1998[15], en cuanto a la ausencia, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, del derecho de acumular “los tiempos servidos en el sector privado que llevaran al reconocimiento de la pensión, si no se cumplían integralmente los requisitos exigidos para acceder a la pensión dentro de la empresa privada respectiva”; entonces, si no se acreditaban de manera completa tales condiciones “no se consolidaba el derecho a la prestación y las semanas servidas a la entidad no podían tenerse en cuenta para efectos de ninguna otra pensión”. Así, se afirmó que tal garantía solo surgió en la fecha en que entró a regir la mencionada legislación.

Se alude que en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, nació asimismo la obligación de los empleadores del sector privado, que tenían el deber del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el provisionamiento futuro de los cálculos actuariales

correspondientes al tiempo total de servicio del trabajador.

Al respecto la Sentencia T- 784 de 2010[16] estableció:

“El régimen jurídico instituido por la ley 90 de 1946, a la par que instituyó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, creó una obligación trascendental en la relación de las empresas con sus trabajadores: la necesidad de realizar la provisión correspondiente en cada caso para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste el pago de la pensión de jubilación.

Resalta la Corte que, a pesar de que la instauración iba a ser paulatina, desde la vigencia de la ley 90 de 1946 se impone la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar las cotizaciones al sistema de seguro social”.

En cuanto a la obligación de los empleadores de realizar los aprovisionamientos de los cálculos actuariales correspondientes al tiempo servido por el trabajador, expresó:

“Tal y como quedo señalado en la parte considerativa de esta sentencia, la interpretación que se encuentra acorde a la Constitución, es que desde la entrada en vigencia del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para la realizar el aporte previo al sistema de seguro social en el momento en que el Instituto de Seguros Sociales asumiera la obligación. Asunto diferente es la obligación de inscripción de los trabajadores al Instituto, lo que en el caso de las empresas de petróleos sólo se materializó con la entrada en vigencia de la resolución 4250 de 1993 expedida por el Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, luego de un estudio exhaustivo, la Sala concluyó que, los empleadores tienen a su cargo la obligación directa de realizar los aprovisionamientos a futuro de las sumas necesarias correspondientes al tiempo laborado por el trabajador, con el fin de efectuar el aporte al sistema de seguridad social, en el mismo momento en el cual el ISS, ahora Colpensiones, asumió dicha obligación.

Este avance jurídico, constituye un progreso significativo dentro del mandato constitucional de los principios consagrados en el Sistema de Seguridad Social, en torno a la progresividad

y universalidad de éste.

7. CASOS CONCRETOS

7.1. Expediente T-3820920

En el caso planteado se dilucida que, aunque el tiempo transcurrido entre la transgresión de los derechos fundamentales del actor a la dignidad humana, mínimo vital y seguridad social y la presentación de la acción de tutela fue prolongado, subsiste en el tiempo la vulneración, es actual e inminente. En vista de que la persona sobre la cual recae la vulneración se encuentra en una situación especial, hace parte de la tercera edad, 73 años y padece quebrantos de salud. A su vez no cuenta con otro medio económico que garantice su digna subsistencia, y por tanto, se le generaría un perjuicio irremediable si es sometida a otro mecanismo de defensa judicial, que no ampare de forma inmediata sus derechos.

Bajo este contexto, el trámite de un proceso ordinario sería dilatorio e injustificado en la medida de la grave afectación de los derechos fundamentales, que requieren ser amparados de forma urgente, inminente y apremiante.

De acuerdo a lo expuesto, la procedencia de la acción constitucional es admisible, por cuanto la finalidad concreta es el amparo de los derechos fundamentales del peticionario, los cuales han sido quebrantados por la administradora de pensiones en ocasión a su negligencia para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el argumento que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, desconociendo que la solicitud fue radicada por la actora hace un largo tiempo.

Atendiendo las singularidades del caso concreto puede concluirse que es procedente este mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales teniendo en cuenta que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional, pues es una persona de la tercera edad, 73 años, con quebrantos de salud, y no cuenta con otros medios que le aseguren unas condiciones mínimas de subsistencia. En virtud de las razones expuestas, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos

fundamentales amenazados o transgredidos por la omisión de la entidad.

7.1.1 Examen de la vulneración de los derechos fundamentales.

En vista de que el ISS ahora Colpensiones, negó el reconocimiento de la pensión de vejez al actor aduciendo que no acredita el número de semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que en aplicación del régimen de transición no acreditó los 20 años de servicio exigidos de acuerdo a lo establecido en el régimen de los servidores públicos, artículo 1 de la Ley 33 de 1985; es necesario analizar si con esta negativa, de acuerdo con el precedente trazado por esta Corporación, se vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del peticionario.

Antes de abordar el estudio de cada uno de los supuestos exigidos por la jurisprudencia constitucional para atender o desestimar las pretensiones de la peticionaria, es acertado referirse a los hechos que se encuentran debidamente probados en el caso planteado y que a continuación se resumen:

El señor Oscar Salazar Henao nació el 25 de enero de 1940, en Sevilla, Valle, a la fecha cuenta con 73 años de edad. Se encuentra acreditado en el plenario de pruebas que laboró desde el 1 de marzo de 1976 hasta el 31 de diciembre de 2007 de forma discontinua en las siguientes entidades respectivamente: Cooperación de Caficultores de Sevilla LTDA, en la Industria de Licores del Valle, en el Ministerio de Protección Social, en la Asamblea del Departamento del Valle, en la Gobernación del Valle y en el Municipio de Sevilla.

Reposa en el plenario el reporte de semanas cotizadas al ISS (hoy Colpensiones), acredita que el tiempo total laborado a entidades del Estado y el cotizado al ISS ascienden a 7567 días, es decir 1081 semanas, y que el tiempo laborado y cotizado al ISS como servidor público ascienden a 6657 días, es decir 951 semanas.

A su vez, se halló acreditado que el peticionario solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante el ISS (hoy Colpensiones) el 10 de septiembre de 2008, el cual en la Resolución 7194 de 2010 niega la pensión argumentando que cumple con el requisito de la edad, pero que no acredita las 1.100 semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Asimismo aduce que en aplicación del régimen de transición no acreditó 20 años

de servicio exigidos de acuerdo a lo establecido en el régimen de los servidores públicos, artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Posteriormente, el solicitante interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación el día 09 de agosto de 2010 contra la resolución que le negó el reconocimiento de la pensión. Se demostró en el corolario de pruebas que no es cierto que el accionante solo haya cotizado 1.081 semanas al ISS. Esto, porque esa entidad no ha tenido en cuenta la siguiente “relación de semanas que faltan 1978 a 1995”:

Desde

Hasta

Total Días

Semanas cotizadas

Razón Social

16/04/1978

30/07/1978

105

15

Ministerio De Protección Social

07/05/1979

28/02/1980

292

41.71

Asamblea Departamento del Valle

06/05/1980

11/08/1980

13.71

Asamblea Departamento del Valle

01/01/1982

30/12/1982

360

51.43

Asamblea Departamento del Valle

01/01/1983

30/12/1983

360

51.43

Asamblea Departamento del Valle

25/04/1984

30/12/1984

360

51.43

Asamblea Departamento del Valle

01/01/1985

30/12/1985

360

51.43

Asamblea Departamento del Valle

19/09/1989

30/06/1995

2,082

297.43

Departamento del Valle

TOTAL

537,57 semanas

Por esto, es claro que el actor sí cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 numeral 1º de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, pues para el efecto cotizó al ISS 1618,57 semanas y no 1,081 como lo sostiene ese Instituto. Asimismo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en razón a que acredita más de 60 años de edad y 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

A su vez, se halló acreditado que mediante la resolución No. 8860 de 2011, el Instituto de los Seguros Sociales resuelve el recurso de reposición y confirma la negativa del reconocimiento de la pensión teniendo como argumentos los mismos de la resolución anterior. Esta decisión se notificó en agosto de 2011, es decir, un año después de la presentación del recurso.

Reitera el actor que a la fecha no ha sido notificado de algún pronunciamiento que resuelva el recurso de apelación y ya han pasado 4 años después de la solicitud de pensión.

Se colige asimismo que es una persona de la tercera edad, con 73 años, en circunstancias de vulnerabilidad, no cuentan con ingresos para su subsistencia, y no tiene los recursos necesarios para sufragar los costos médicos de los especialistas que tratan su padecimiento.

Como consecuencia de lo precedentemente expuesto, el actor acudió al juez constitucional para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales sin que sus pretensiones fueran acogidas.

Al respecto, cabe advertir que no es de recibo el argumento esbozado por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá al considerar que el ISS sólo vulneró el derecho de petición del actor en razón a que éste gira en torno a la respuesta del recurso de apelación de la accionada frente a la concesión o no de la pensión de vejez. Por el contrario, omitió el estudio sobre la transgresión de los demás derechos conculcados como el de la seguridad social, dignidad, mínimo vital ante la negativa del reconocimiento de la prestación, que resultaba necesaria en razón a la edad del accionante.

Pues, con esta consideración desconoce que los sujetos considerados en circunstancias de

indefensión, son objeto de una especial protección por parte del Estado, condición que los hace merecedores de un trato preferente. Y, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el análisis que debe realizar el juez constitucional frente al requisito de procedibilidad de la acción de tutela debe hacerse de forma más amplia, tratándose de sujetos de especial protección constitucional.

Para el caso se encuentra acreditado que los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas han sido permanentemente vulnerados por el ISS (hoy Colpensiones) al no reconocer la pensión de vejez al actor teniendo derecho a ello.

Dado que, se pretende asegurar la eficiencia y concreción de los derechos fundamentales invocados por el accionante, quien en razón a su avanzada edad y situación de vulnerabilidad debe ser considerado como un sujeto en estado de especial protección y, además que se ha consolidado en su favor el derecho a acceder a la prestación económica solicitada, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para el amparo de los derechos fundamentales conculcados.

Finalmente, una vez analizada la procedencia de la acción constitucional invocada, se colige que ante la ineficacia de la vía jurídica para la resolución de la controversia planteada al carecer de la celeridad e inmediatez requerida para la protección de los derechos fundamentales invocados y, teniendo en cuenta que el señor Oscar Salazar Henao se encuentra dentro de un grupo catalogado como de especial protección constitucional deberá concederse el amparo como mecanismo definitivo.

7.2 Expediente T-3820292

7.2.1 Examen de la vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria frente a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

Colpensiones antes ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez al actor aduciendo la falta de competencia conforme a los decretos que ordenan su entrada en operación y reglamentan la supresión y liquidación del Instituto de los Seguros Sociales, el

cual señala que la defensa de las acciones de tutela que se encuentren en curso al 28 de septiembre de 2012 continua a cargo del ISS, por lo tanto, sólo aquellas tutelas radicadas posteriormente quedan bajo responsabilidad de Colpensiones. Asimismo indicó que el peticionario al recibir la negativa de su solicitud por parte del Seguro Social (ISS) de reconocimiento de pensión de vejez, la vía procesal adecuada para solicitar su reconocimiento es la jurisdicción ordinaria laboral.

De otro lado la empresa Agrícola Las Azores S.A. negó al peticionario el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por no encontrarse legitimada por pasiva. Manifiesta que el accionante desarrolló sus labores en el Municipio de Carepa y que el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) mediante resolución No. 03878 de Julio 17 de 1986, asumió el riesgo de invalidez, vejez y muerte (IVM) en este Municipio. Además agrega que la falta de afiliación oportuna del señor Tomas Morales Solera a las coberturas de IVM, no se debió a una omisión imputable a la parte empleadora, sino a la imposibilidad absoluta en que ésta se vio colocada por la acción y/o omisión del mismo trabajador y/o de las organizaciones sindicales a que éste estuvo afiliado, quienes se negaron sistemáticamente a consentir la entrega de los documentos necesarios para la afiliación y a suscribir el formulario mismo de la afiliación al ISS.

Es necesario examinar si con la negativa de las entidades accionadas al reconocimiento de la prestación económica del actor, de acuerdo con el precedente trazado por esta Corporación, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas de éste.

Se procederá a abordar el análisis y estudio de cada uno de los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

El señor Tomas José Morales Solera nació el 11 de octubre de 1934, es decir que cuenta con 78 años de edad. Se encuentra acreditado en el plenario de pruebas que el 25 de agosto de 1983 celebró contrato de trabajo a término indefinido con Los Cedros S.A, sociedad comercial que pasó después a denominarse Agrícola Los Azores S.A., el cual hoy sigue vigente, lo cual indica que está laborando continua e ininterrumpidamente con el mismo empleador desde hace 29 años.

Reposa en el plenario, informe aportado por el Seguro Social, en el cual se acredita que

el accionante se afilió a esa AFP el 11 de diciembre de 1992 y cotizó hasta el 13 de Septiembre de 2012, por lo cual las cotizaciones causadas con anterioridad, es decir, entre el 25 de mayo de 1983 y el 11 de diciembre de 1992, corrieron por cuenta del empleador.

A su vez se halla acreditado que el 24 de febrero de 2004, mediante resolución No. 002940 el ISS le concedió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en consideración a que el peticionario supuestamente manifestó la imposibilidad de continuar cotizando al sistema, y no tenía completas las 1000 semanas exigidas por la ley para la obtención de la pensión.

Se acreditó que el señor Morales Solera, mediante derecho de petición solicitó dejar sin efectos la resolución que le concede la indemnización sustitutiva de la pensión, en razón a que él nunca manifestó la imposibilidad de seguir cotizando al sistema. Aduce que solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, y mediante Resolución de 31 de mayo de 2005 se revocó el acto que le concedió la indemnización sustitutiva, y niega el reconocimiento de la pensión de vejez por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley.

Se encuentra probado que el 1 de junio del 2005 se suscribió un acta de conciliación entre el señor Morales Solera y la empresa Agrícolas Los Azores S.A, en la cual manifiesta que la empresa no cotizó a seguridad social durante el tiempo de la prestación del servicio, por tanto solicitó el reconocimiento y pago de pensión de vejez por parte de la empresa, hasta tanto el ISS asuma el reconocimiento y pago de la pensión. Se acredita que la empresa no tuvo ánimo conciliatorio y negó el reconocimiento de la prestación a favor del trabajador.

De otra parte, se colige que si el actor comenzó a laborar el 25 de mayo de 1983, su empleador debió hacerse cargo de las debidas cotizaciones, así, si se calculan 50 semanas por año ya habría cumplido con el requisito desde mayo de 2003 cuando tenía 69 años de edad, es decir, desde hace 9 años debió ser pensionado por vejez.

La Administradora de Fondo de Pensiones "Colpensiones" niega el reconocimiento de la pensión de vejez, en primer lugar porque aduce falta de competencia conforme a los decretos que ordenan su entrada en operación y reglamentan la supresión y liquidación del

Instituto de los Seguros Sociales. En segundo lugar señala que existe un desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela. Se demuestra que Colpensiones es competente, y es ahora la encargada del reconocimiento de las prestaciones económicas de sus afiliados, y por tanto no podrá atribuirle dicha obligación al ISS en liquidación.

De otro lado, se evidencia que el empleador niega la prestación económica al peticionario porque señala que antes de 1991 no tenía la obligación de cotizar, por tanto no se puede “colegir que a partir de la fecha de inicio de labores del señor Tomás Morales se inició la cotización al Sistema General de Seguridad Social, pues esto desconoce primero, que el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) mediante resolución No. 03878 de Julio 17 de 1986, asumió el riesgo de invalidez, vejez y muerte (IVM) en el municipio de Carepa; y segundo, que la falta de afiliación oportuna del señor Tomas Morales Solera a las coberturas de IVM, no se debió a una omisión imputable a la parte empleadora, sino a la imposibilidad absoluta en que ésta se vio colocada por la acción y/o omisión del mismo trabajador y/o de las organizaciones sindicales a que éste estuvo afiliado, quienes se negaron sistemáticamente a consentir la entrega de los documentos necesarios para la afiliación y a suscribir el formulario mismo de la afiliación al ISS. Considera la sala que este argumento no es de recibo, por cuanto:

(i) Antes era procedente el pago de las cotizaciones surgidas antes de 1991 por parte del empleador, en virtud de lo establecido en la parte considerativa con relación a que el legislador autorizó expresamente la acumulación del tiempo de servicio de los trabajadores que laboraran para empresas que tenían a su cargo el reconocimiento de una pensión.

(ii) Era obligación del empleador contar con los aprovisionamientos necesarios para el pago de los aportes.

Por otra parte, se acredita que Agrícola Los Azores S.A se niega a reconocer la pensión al actor en razón a que el señor Morales Solera demandó a dicha empresa en proceso laboral ordinario radicado 05 045-31-05-001-2006-00228-00, en el cual se decidió que la empresa Agrícola Las Azores S.A. no estaba legitimada por pasiva para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del peticionario.

Sobre el particular, al contrario de lo señalado se observa que el fallo de primera

instancia citado, fue confirmado por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Laboral el 24 de marzo de 2009, el cual desvirtúa la afirmación referida por la empresa, en ocasión a que si bien se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Sociedad Agropecuaria Las Azores S.A para el reconocimiento de la pensión de vejez, esto fue debido a que se declaró de oficio la excepción de petición antes de tiempo de la pensión en contra del ISS.

También se concluye que no es cierto que el empleador fue exonerado de la obligación de acumular el tiempo servido en los periodos no afiliado a seguridad social, y por el contrario, el Juez advirtió la omisión en el pago de ciertos periodos por parte del empleador. Por tanto señaló que deberá hacerse el cálculo actuarial por parte de éste, y proceder a pagar a la entidad para el reconocimiento y pago de la pensión. Así se evidencia en el siguiente extracto del fallo reseñado:

Es por ello que la ley 797 de 2003, establece el mecanismo para acumular el tiempo servido en periodo no afiliado a la seguridad social, con semanas cotizadas al sistema, con el fin de otorgarle a trabajador los beneficios que la ley reconoce, que en este caso y en forma eventual sería una pensión de vejez.

De allí que el procedimiento para acumular el tiempo servido y semanas cotizadas, consiste en obtener del ISS o de una entidad especializada el cálculo actuarial, correspondiente a los aportes durante el tiempo en que no se estuvo afiliado, y demandar por los medios legales, el traslado o puesta a disposición por parte del empleador las sumas pertinentes a la entidad a la cual se afilie al trabajador.

(...) Por lo anterior se confirmará el fallo recurrido, pero por motivos diferentes”

El conjunto de pruebas allegado al expediente no ofrece discusión sobre esos datos y constata igualmente que el accionante completó un total de cotización al Sistema de Seguridad Social en el régimen de pensiones, si se tiene en cuenta el tiempo dejado de cotizar por el empleador, 9 años y 169 días, es decir en total 492.14 semanas, sumadas con las 768 semanas que reporta el ISS (hoy Colpensiones) las cuales son 492.14 da un total de 1260,14 semanas.

Ahora, como el peticionario al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, pues nació el 11 de octubre de 1934, tal y como consta en el expediente, lo cual lo ubica como beneficiario del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, también tendría derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en razón a que acredita más de 60 años de edad y 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

No es de recibo por esta Sala que el ad-quem hubiese negado la tutela, entre otros argumentos, porque debía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, para dirimir el conflicto pensional. En este punto, se advierte que se halla acreditado que pese a que el señor Tomas José Morales Solera cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, esta carga resulta una imposición desproporcionada al actor.

Pues, se encuentra probado que el peticionario es una persona de la tercera edad, 79 años, considerado sujeto de especial protección constitucional, que carece de recursos económicos y que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta pues sufre problemas de salud y se encuentra incapacitado por un problema de carácter articular que le impide el movimiento en uno de sus brazos necesitando, incluso, el uso de morfina para mitigar el dolor, sumándole que para esto debe cada 20 días solicitar la renovación de su incapacidad y en caso de no renovarse debe volver a su trabajo, lo cual hace que someterlo al desgaste de un extenso proceso ante la vía ordinaria laboral resulte oneroso y poco garantista.

Para finalizar, esta Corporación concluyó en la parte considerativa que los empleadores tienen a su cargo la obligación de realizar los provisionamientos a futuro de las sumas necesarias para efectuar el aporte al sistema de seguridad social, en el mismo momento en el cual el ISS, ahora Colpensiones, asumió dicha obligación.

En conclusión, se encuentra acreditado que (i) la vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas ha sido constante y continúa en el tiempo y (ii) la ineficacia de los mecanismos ordinarios para la protección de los derechos fundamentales invocados, por su demora, iii) que el empleador se encuentra en la obligación de realizar el cálculo actuarial del tiempo que omitió cotizar antes de

1991, y proceder a pagar a la Administradora de Pensiones para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, iv) que Colpensiones es la entidad competente para el reconocimiento de esta prestación económica a cargo del actor, v) que el peticionario si cumple con los requisitos establecidos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

8. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- En cuanto al Expediente T-3820920, REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 5 de febrero de 2013 por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor del señor Oscar Henao Salazar.

SEGUNDO.- En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones, Regional Cundinamarca, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice todas las acciones tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Oscar Henao Salazar incluyendo el valor retroactivo al que haya lugar.

TERCERO.- En cuanto al Expediente T-3820292, REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 11 de febrero de 2013 por la Sala Primera Laboral del Tribunal Superior de Antioquia, y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor del señor Tomas José Morales Solera.

CUARTO.- En consecuencia ORDENAR a Colpensiones, Regional Antioquia, que liquide dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el accionante en el período durante el cual trabajó para Agrícola Las Azores S.A y una vez recibidas las sumas liquidadas realizar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, las diligencias para el reconocimiento de la pensión

de vejez del accionante, sin que todos los trámites superen el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta sentencia.

QUINTO.- ORDENAR a Agrícola Las Azores S.A transferir a Colpensiones dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la respectiva comunicación, el valor actualizado de la suma por éste liquidada.

SEXTO.- LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Auto 203/13

Referencia: sentencia T-398 de 2013 (Expediente T-3.820.920).

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere el siguiente auto, con base en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

En escrito dirigido a esta Corporación el 28 de agosto de 2013, el ciudadano Oscar Salazar Henao, accionante dentro del proceso de la referencia, solicitó la aclaración de la sentencia T-398 de 2013, proferida por la Sala Séptima de Revisión. En este fallo, la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales del tutelante al determinar que cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez establecidos en el artículo 33 numeral 1° de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Así mismo, establece que es acreedor al reconocimiento de dicha prestación en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en razón a que acredita más de 60 años de edad y 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

1.1. Expresa el peticionario que es necesario aclarar la citada providencia por cuanto, en la parte resolutive aparecen sus apellidos invertidos y el nombre correcto es Oscar Salazar Henao. A su vez indica que se debe adicionar su número de identificación para efectos de reconocimiento de la referida prestación.

1.2. Ante esta situación, considera que es necesario que la Sala corrija el error de digitación y adicione su número de cédula de ciudadanía, por cuanto Colpensiones S.A., podría exonerarse del cumplimiento del referido fallo o retardar el pago de la pensión.

2. CONSIDERACIONES

2.1. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACLARACIÓN DE SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

2.1.1. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-113 de 1993 declaró inexecutable el inciso cuarto del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que contemplaba la posibilidad de

solicitar la aclaración de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional. Allí se expresó:

“La Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada[17] que los fallos pronunciados en virtud de la facultad dispuesta en el artículo 241, numeral 9 de la Constitución Política, en principio no son susceptibles de aclaración, pues las decisiones adoptadas hacen tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, no hay posibilidad para debatir aspectos considerados en una sentencia o extender los efectos definidos en ella.

El principio de seguridad jurídica y el derecho al debido proceso, considerados como pilares de la actividad judicial, resultarían conculcados si la Corte Constitucional reabriera el debate sobre asuntos decididos en forma definitiva. Los fallos pronunciados por las Salas de revisión deben ser acatados en los términos expresados por la Corporación”.

2.1.2. No obstante lo anterior, de manera excepcional esta Corporación ha admitido la procedencia de solicitudes de aclaración de sus sentencias, cuando se dan los supuestos de lo establecido en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1. y 2. del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.

2.1.3. Conforme a lo anterior, esta excepción va dirigida específicamente a que se corrijan los errores aritméticos por alteración de palabras que están contenidas en la parte resolutive de la providencia.

Sobre este punto esta Corporación en sentencia T-1004/10 expresó:

“cuando el error consiste en “omisión o cambio de palabras o alteración de éstas”, para que proceda su corrección, es necesario que el defecto esté contenido en la parte resolutive de la sentencia o influir de manera directa en ésta.

(...)

En efecto, la debida comprensión del contenido y alcance de la decisión no se ve afectada por la comisión de ese tipo de errores, pues las reglas de hermenéutica jurídica permiten interpretar de manera correcta e unívoca la providencia, a pesar del defecto que contiene”.

Así, se procederá a aclarar cualquier error aritmético que dé lugar a que el fallo se torne impreciso, siempre y cuando esté contenida únicamente en la parte resolutive.

3. CASO CONCRETO

3.1 La Sentencia T-398 de 2013.

Mediante la sentencia T-398 de 2013, la Corte Constitucional resolvió la solicitud de amparo presentada por el señor Oscar Salazar Henao, sujeto de especial protección constitucional (73 años de edad), quien consideraba vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor por el ISS, ahora Colpensiones alegando que no acreditó el número de semanas de cotización exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y que en aplicación del régimen de transición no acreditó los 20 años de servicio exigidos de acuerdo a lo establecido en el régimen de los servidores públicos, artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

En la sentencia en mención, se demostró que el actor cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez establecidos en el artículo 33 numeral 1° de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, pues para el efecto cotizó al ISS 1618,57 semanas y no 1,081 como lo sostiene ese Instituto. Así mismo tiene derecho al otorgamiento de dicha prestación en virtud de la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ya que acredita más de 60 años de edad y 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó:

“PRIMERO: En cuanto al Expediente T-3820920, REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 5 de febrero de 2013 por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor del señor Oscar Henao Salazar.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones, Regional Cundinamarca, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice todas las acciones tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Oscar Henao Salazar incluyendo el valor retroactivo al que haya lugar.

CUARTO: En consecuencia ORDENAR a Colpensiones, Regional Antioquia, que liquide dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, las sumas actualizadas de acuerdo con el salario que devengaba el accionante en el período durante el cual trabajó para Agrícola Las Azores S.A y una vez recibidas las sumas liquidadas realizar, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, las diligencias para el reconocimiento de la pensión de vejez del accionante, sin que todos los trámites superen el término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR a Agrícola Las Azores S.A transferir a Colpensiones dentro de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la respectiva comunicación, el valor actualizado de la suma por éste liquidada.

SEXTO LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados”.

3.2 La solicitud de aclaración.

3.2.1 Con base en las consideraciones expuestas y en la parte resolutive de la providencia, la Sala advierte que le asiste razón al peticionario en tanto debe aclararse su nombre y apellidos, así como adicionar su número de cédula de ciudadanía, a efectos de que Colpensiones de forma ágil le reconozca el pago de la pensión de vejez, por cuanto dicha entidad podría exonerarse del cumplimiento del referido fallo o retardar el pago de la pensión.

La Sala considera necesario aclarar que la sentencia en comento está encaminada a salvaguardar los derechos fundamentales cuya protección fueron invocados por el accionante, la cual incurrió en un error de digitación contenido en la parte resolutive de ésta. De acuerdo al artículo 310 del CPC[18], el juez puede corregir de oficio o a petición de parte y en cualquier tiempo, los errores contenidos en las providencias que dicte.

Por todo lo anterior, la Sala procede a aclarar el fallo de la referencia, De modo que, en pro de la efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales del accionante, los ordinales primero y segundo de la sentencia T-398 de 2013 deberá leerse:

“PRIMERO: En cuanto al Expediente T-3820920, REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 5 de febrero de 2013 por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la protección al adulto mayor del señor Oscar Salazar Henao identificado con numero de cedula 6.452.368 de Sevilla, Valle.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones, Regional Cundinamarca, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice todas las acciones tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Oscar Salazar Henao, identificado con numero de cedula 6.452.368 de Sevilla, Valle, incluyendo el valor retroactivo al que haya lugar”.

3. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO. ACLARAR los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia T-398 de 2013, en el entendido de que el nombre correcto del accionante es “Oscar Salazar Henao”.

SEGUNDO. ADICIONAR en los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia T-398 de 2013, el número de cédula de ciudadanía “6.452.368 de Sevilla, Valle” del actor Oscar Salazar Henao.

Comuníquese y cúmplase,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado Sustanciador

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] M.P Clara Inés Vargas Hernández

[2] Sentencia C-107 de 2002, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández

[3] M.P Alejandro Martinez Caballero

[4] Ver Sentencias T-272/04, SU-430/98, C-177/98, entre otras.

[5] Artículo 1, 2, y 5 del Decreto 2633 de 1994.”

[6] Sentencia T-276-10 T-205 de 2002, Ver artículos 22 , 23 y 24 de la Ley 100 de 1993

[7] M.P Rodrigo Escobar Gil

[8] M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

[9] M.P Alejandro Martinez Caballero

[10] Ley 6º de 1945 por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

[11] Artículo 8, Ley 90 de 1946: Para la dirección y vigilancia de los seguros sociales,

créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá.

[12] Publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

[13] Ver Sentencia T-125 de 2012 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[15] M. P. Alejandro Martínez Caballero

[16] M.P Humberto Sierra Porto

[17] Cfr. Corte Constitucional, Autos 053 de 1997, 019 de 1998 y 135 de 2000.

[18] ARTÍCULO 310. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMETICOS Y OTROS. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 140 del Decreto 2282 de 1989 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión.

Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1, y 2. del artículo 320.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que esté contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.