

T-411-13

Sentencia T-411/13

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

PENSION DE VEJEZ-Finalidad

PENSION DE VEJEZ-Reglas jurisprudenciales para la procedencia de tutela

(i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”. La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, sea o no como mecanismo transitorio; (ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales; (iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan inferir la falta de legalidad de los actos de la entidad administradora del servicio público de seguridad social; (iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que exista un alto grado de probabilidad, que no se corrobora a plenitud por falta de diligencia imputable a la respectiva administradora de pensiones. (v) Que a pesar de que le asista al accionante el derecho pensional que reclama, hubiere sido negado de manera caprichosa o arbitraria.

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-La entidad administradora de pensiones tiene el deber de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales

Las administradoras tienen el deber de exigir al empleador el pago de los aportes, solventando las situaciones en mora e imponiendo las sanciones a que haya lugar, no siéndoles posible alegar como defensa su propia negligencia en la implementación de esa atribución ni trasladar dicha carga al afiliado.

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a Colpensiones reconocer y

pagar pensión de vejez por cumplir con semanas cotizadas que no se tuvieron en cuenta por mora del empleador

Acciones de tutela instauradas por el señor Noel González contra Colpensiones y el señor Armando Caicedo Osorio contra el Instituto de Seguro Social, en adelante ISS.

Procedencia: Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali y Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, respectivamente.

Magistrado sustanciador: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias únicas de instancia proferidas (i) en diciembre 27 de 2012 por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali, dentro de la acción de tutela incoada por el señor Noel González contra Colpensiones (expediente T-3.785.722); (ii) en octubre 8 de 2012 por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela incoada por el señor Armando Caicedo Osorio contra el ISS (expediente T-3.788.265).

Los respectivos expedientes llegaron a esta Corte por remisión efectuada por los citados despachos, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2°) de la Constitución Política y 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Segunda de Selección, mediante auto de febrero 28 de 2013, los eligió para revisión y dispuso acumularlos en razón a su unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

El señor Noel González mediante apoderada y el señor Armando Caicedo Osorio en su nombre, incoaron sendas acciones de tutela contra Colpensiones y el ISS respectivamente, aduciendo conculcación de sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social, a la

igualdad, a la vida en condiciones dignas y al debido proceso, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relatos efectuados por los accionantes

Los hechos y relatos efectuados por los demandantes tienen en común que solicitan a las entidades demandadas el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por pertenecer al régimen de transición[1] y cumplir con la edad y las semanas exigidas por la ley para acceder a esa prestación. Sin embargo, el ISS negó las respectivas peticiones al determinar que se cumple con el requisito de la edad pero no con el de las semanas de cotización para cada caso.

Según explicaron los demandantes, este hecho se debe a la presunta omisión, tanto de los empleadores, al no realizar en debida forma los aportes al sistema de pensiones, como de las entidades demandadas al no requerir dicho pago. A continuación se efectuará un breve resumen de cada expediente, resaltando la mencionada situación común.

Expediente T-3.785.722

1. La abogada del señor Noel González relató que su cliente tiene 83 años de edad y padece artrosis, nefropatía crónica, aumento de tamaño de la próstata, nefrolitiasis bilateral e insuficiencia renal crónica.

2. Anotó que el señor González solicitó al ISS, Seccional Valle, el reconocimiento de la pensión de vejez y que mediante la resolución N° 109743 de 2010 dicha administradora lo negó, aduciendo que pertenece al régimen de transición, pero solo registraba un total de 998,48 semanas, de las cuales 207 fueron aportadas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad, por lo que no satisface este requisito.

3. Señaló que su mandante elevó en mayo de 2010 una segunda petición de reconocimiento de su pensión, que por resolución 111797 de 2011 el ISS nuevamente negó, indicando esta vez que tiene cotizadas 957 semanas, de las cuales 155 se encuentran ubicadas en los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad.

Sin embargo, el ISS expidió copia de la historia laboral del interesado, en la que certificó

que tiene cotizadas 998.48 semanas, pero no están contabilizados los periodos de septiembre, octubre y noviembre de 1999, dado que por error del empleador se aportaron con número de cédula equivocado, siendo equivalentes a 12.8 semanas, con las que suma 1011 semanas cotizadas en su vida laboral.

4. Reclamó la apoderada que la carga administrativa de corregir ese error no debe estar en cabeza de su asistido, por lo que pidió que a través de la presente acción se protejan los referidos derechos fundamentales y, a partir de ello, se ordene a Colpensiones la corrección de la historia laboral, para que a continuación le sea otorgada la pensión de vejez a la que tiene derecho.

5. Frente a la existencia de otro medio judicial de defensa, expuso que la presente acción de tutela resulta procedente de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en razón a que se trata de una persona de avanzada edad, enferma y que cumple todos los requisitos para obtener la referida pensión.

Expediente T-3.788.265

2. Relató que mediante la resolución N° 027958 de agosto 16 de 2011 el ISS negó el reconocimiento de la prestación pedida, por considerar que el tiempo de servicio no le alcanzaba, contra lo cual presentó recurso de apelación, que fue resuelto a través de la resolución N° 00772 de marzo 8 de 2012, que confirmó la determinación anterior, señalando que a pesar de contar con “20 años, 5 meses y 2 días de tiempo de servicio y 62 años de edad”, en su caso no se puede aplicar la Ley 71 de 1988 porque durante el tiempo que trabajó para el Ministerio de Defensa no se cotizó a ninguna caja o fondo.

3. El actor padece osteoartrosis y discopatía y afirma que su situación económica es muy difícil, pues actualmente sobrevive gracias a la caridad de unos conocidos, resultándole imposible a su edad conseguir trabajo, por lo que debe impetrar la protección de sus derechos fundamentales, para que se ordene a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión a la que tiene derecho y así poder solventar sus necesidades básicas y los costos médicos.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en los expedientes

Con las demandas fueron anexadas copias de los siguientes documentos:

Expediente T-3.785.722

1. Resolución N° 109743 del “20101103”, emitida por el Jefe de Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Valle del Cauca del ISS, indicando que el actor es beneficiario del régimen de transición y que en su historia laboral “existen periodos no cancelados y otros cancelados extemporáneamente sin que se haya pagado el interés respectivo, se establece que el (la) asegurado (a) cotizó a este instituto en forma interrumpida un total de 998 semanas de las cuales 207 se cotizaron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad”, y así el asegurado “no acredita el requisito de semanas cotizadas” (fs. 9 y 10 cd. inicial respectivo).

2. Resolución N° 111797 de noviembre 29 de 2011, expedida por el Jefe de Departamento de Atención al Pensionado de la misma Seccional, en la cual se resaltó la anterior situación, esta vez reconociendo un total de 957 semanas cotizadas, de las cuales 155 se aportaron en los últimos 20 años (fs. 11 y 12 ib.).

3. Reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por el ISS, acreditando que el accionante aportó 998.43 semanas (fs. 14 y 15 ib.).

4. Cédula de ciudadanía y registro civil del señor Noel González, constatándose que nació el 20 de septiembre de 1929 (fs. 16 y 17 ib.).

5. Autoliquidaciones mensuales de aportes al sistema de seguridad social integral, de septiembre a noviembre de 1999 (fs. 18 a 24 ib.).

Expediente T-3.788.265

1. Cédula de ciudadanía y registro civil correspondientes al señor Armando Caicedo Osorio (fs. 15 y 28 cd. inicial respectivo), constatándose que nació el 4 de agosto de 1949.

2. Declaración juramentada en la cual se informa que se encuentra enfermo, no realiza actividad económica alguna y no recibe salario, pensión ni auxilio por parte de entidades públicas o privadas (f. 16 ib.).

3. Diagnóstico emitido por el Hospital Occidente de Kennedy, en Bogotá, anotando que pertenece al nivel 3 del Sisben y padece lumbalgia (f. 17 ib.).

4. Resolución N° 027950 expedida en agosto 16 de 2011 por el Asesor II de la Seccional Cundinamarca y D. C. del ISS, en la que adujo “que el tiempo cotizado a Entidades del Sector Público y el cotizado al Seguro Social, permite acreditar 7.352 días, igual a 20 años, 05 meses y 02 días, que equivalen a 1050 semanas válidamente cotizadas” y se niega la prestación pedida (fs. 18 a 21 ib.).

5. Resolución N° 00772 emitida en marzo 8 de 2012 por el Gerente de dicha Seccional, confirmando la decisión anterior y reiterando la información concerniente al número de semanas (fs. 22 a 24 ib.).

6. Certificado de información laboral expedido en julio 2 de 2010 por el Ministerio de Defensa, informando que entre octubre 24 de 1967 y octubre 24 de 1969, al señor Armando Caicedo Osorio no se le realizaron descuentos para seguridad social y que para la fecha en la que pertenecía a esa institución no se efectuaban aportes (fs. 25 a 26 ib.).

7. Certificado expedido en julio 17 de 2012 por el administrador de la Agrupación de Vivienda Francisco José de Caldas, en el cual consta que adeuda las cuotas administración del apartamento 301, Bloque 1°, entre abril y julio de 2012, por un total de \$120.000 (f. 29 ib.).

8. Comunicado de julio 16 de 2012, emitido por el tesorero de dicha agrupación, anotando que el actor debe 53 meses de administración, por \$318.000 (f. 30 ib.).

9. Cuentas consecutivas de impuesto predial, presuntamente sin cancelar, desde 2004 hasta 2011 (serían adeudados 8 años de tal gravamen, fs. 31 a 38 ib.).

C. Actuación procesal y respuesta de las entidades demandadas

Expediente T-3.785.722

Mediante auto de diciembre 12 de 2012, el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali admitió la acción de tutela y ofició a Colpensiones, para que se pronunciara sobre los hechos e informara al despacho (i) la razón de las diferencias presentadas en las resoluciones, sobre

la cantidad de semanas cotizadas; (ii) si se tuvo en cuenta al expedir dichas resoluciones, las cotizaciones de septiembre a noviembre de 1999, explicando el motivo si no fuere así; (iii) si previo a la emisión de las resoluciones se realizó la corrección de la historia laboral o si esto fue pedido por el usuario; (iv) si tenía conocimiento del error en el número de cédula en los aportes efectuados al sistema y (v) por qué no aclaró esa situación con la empresa. Sin embargo, la entidad requerida no respondió.

Expediente T-3.788.265

Mediante auto de septiembre 27 de 2012, el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá admitió la acción de tutela y ofició al ISS para que ejerciera su derecho de defensa y allegara las pruebas que considerare pertinentes. Sin embargo, vencido el término, el ISS tampoco respondió.

Posteriormente, en auto de octubre 3 de 2012 el referido Juzgado decidió vincular y oficiar a Colpensiones[2], que asumió las funciones del ISS al entrar este en liquidación, de conformidad con el Decreto 2011 de 2012.

El Gerente Nacional de Defensa Judicial de Colpensiones[3], fuera del término señalado por el Juzgado y dando alcance a lo indicado en el artículo 5° de la resolución N° 039 de 2012 de esa entidad, contestó en octubre 8 de 2012 que “no tiene los expedientes administrativos y la información correspondiente para resolver de fondo las solicitudes de los afiliados”, debido a lo cual no le es posible pronunciarse sobre si al accionante le asiste el derecho pensional; anotó que “nadie está obligado a lo imposible”[4], por lo que debe vincularse al ISS para ordenarle la entrega del archivo del señor Armando Caicedo Osorio.

Con tal fundamento, pidió que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela, por la imposibilidad material de Colpensiones para emitir la correspondiente resolución pensional.

D. Decisiones objeto de revisión (sentencias únicas de instancia)

Expediente T-3.785.722

El Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali, en fallo de diciembre 27 de 2012, no impugnado, resolvió otorgar transitoriamente la pensión de vejez pedida por la parte actora, con el fin

de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, fijando un término de cuatro meses para presentar demanda ordinaria.

Como razones de esta decisión señaló que el señor González es un sujeto de especial protección constitucional, por su avanzada edad (83 años) y las enfermedades que padece (entre otras artrosis e insuficiencia renal crónica), además de cumplir los requisitos de edad y semanas de cotización, si se suman los aportes de septiembre a noviembre de 1999, que no fueron contabilizados en su historia laboral debido al error del empleador al cotizar indicando un número de cédula diferente, omitiendo la entidad demandada aclarar esa situación.

Sin embargo, debido a que Colpensiones guardó silencio y en esa medida tampoco allegó la información requerida en el auto admisorio, el Juzgado estimó que no es posible, a partir de los documentos acopiados, ordenar de manera definitiva el reconocimiento de la pensión solicitada.

Expediente T-3.788.265

El Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia de octubre 8 de 2012, resolvió “denegar por improcedente” (sic) el amparo solicitado, al estimar que el demandante no se halla en la tercera edad ni demostró el estado de debilidad manifiesta que lo ubique como sujeto de especial protección, indicándose que padece lumbalgia, afección no considerada como gravosa.

Por otro lado, frente a los aportes correspondientes al periodo de vinculación del actor al Ministerio de Defensa, el juzgador consideró que no fue contabilizado por el ISS, ya que no se hizo ninguna cotización a “Caja o Fondo” y dado que el certificado de información laboral allegado al expediente tan solo refleja el tiempo que prestó sus servicios a esa institución, pero no los montos devengados y los descuentos realizados para seguridad social, elementos que permitirían inferir si el accionante tiene derecho a la referida pensión, por lo cual debe iniciar proceso ante la jurisdicción ordinaria.

E. Solicitud presentada en sede de revisión

Mediante escrito radicado en mayo 7 de 2013, el representante legal suplente de

Colpensiones[5] solicitó que la entidad fuese vinculada como parte procesal en las acciones de la referencia, dado que desde septiembre 28 de 2012 asumió las funciones que estaban en cabeza del ISS, en concordancia con el Decreto 2011 de 2012. Empero, según consta en los expedientes T-3.785.722 y T-3.788.265, en el primero fue demandado y requerido, sin que presentara respuesta alguna, y en el segundo fue vinculado por el Juzgado a través del oficio N° 1.196 de octubre 2 de 2012 e inclusive ejerció su derecho de defensa al contestar la demanda, aunque por fuera del término fijado por el juzgador[6].

F. Pruebas recaudadas por la Sala de Revisión

En el asunto radicado T-3788265, mediante telefonema de junio 4 de 2013 se pidió al accionante Armando Caicedo Osorio que allegara pruebas de las enfermedades que afirma padecer, atendiendo lo cual mediante escrito de junio 6 de 2013 envió varias órdenes y certificados médicos, siendo relevantes:

i) Estudio médico de columna lumbosacra expedido en febrero 20 de 2009 por Compensar EPS (Kennedy), concluyendo que sufre osteoartrosis, inestabilidad de eje y escoliosis dorsolumbar derecha (f. 12 cd. respectivo Corte).

2. Diagnóstico expedido en junio 1 de 2009 por Compensar EPS (Kennedy), anotando que padece discopatía degenerativa (f. 17 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente, en Sala de Revisión, para examinar los asuntos referidos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9°) de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Los asuntos objeto de análisis.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las entidades demandadas, a cuyo cargo está el reconocimiento de las pensiones reclamadas, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y al debido proceso reclamados por los accionantes, al expedir las respectivas

resoluciones en las que se les niega a los solicitantes el reconocimiento de pensión de vejez, argumentando en ambos casos el incumplimiento del requisito de semanas de cotización.

Esta situación proviene, según alegan los demandantes, de omisión o error de los empleadores, mientras la administradora de pensiones no requirió el cobro de los mismos.

Con el fin de establecer si en realidad fueron conculcados los aludidos derechos fundamentales, se abordará el análisis del derecho a la seguridad social en materia pensional, la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar pensión de vejez, y las obligaciones del empleador, del trabajador y de la administradora de pensiones frente al sistema de seguridad social. Sobre estas bases, serán decididos los casos concretos.

Tercera. El derecho a la seguridad social en materia pensional y la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Son varias las normas constitucionales que reconocen la gran importancia del derecho a la seguridad social, al cual se le atribuye una doble dimensión, como servicio público obligatorio, “que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley” (art. 48 Const.) y como derecho irrenunciable[7] (art. 53 ib.).

A partir de estos principios constitucionales, el legislador ha desarrollado un marco, en procura de garantizar el ejercicio efectivo de este derecho. Bajo la vigencia de la actual Constitución Política, el estatuto de mayor importancia en relación con el tema de la seguridad social ha sido la Ley 100 de 1993, que trazó los objetivos generales del Sistema General de Seguridad Social y estableció las instituciones que lo componen, incluyendo lo relativo a quiénes lo integran, cuáles son las prestaciones y riesgos a precaver, además de la población destinataria de los cubrimientos y los requisitos a cumplir para acceder a los mismos. La preceptiva reseñada tomó también las necesarias previsiones jurídicas relativas a las prestaciones que se venían reconociendo conforme a lo establecido en disposiciones anteriores a su vigencia, con el fin de procurar la continuidad y el respeto de los derechos adquiridos.

Respecto a la protección de la seguridad social en pensiones, esta Corte en fallo T-968 de noviembre 23 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) señaló:

“La protección al derecho a la seguridad social en pensiones no sólo encuentra sustento superior en la protección que el Estado debe brindar a quienes se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, obvia y natural para las personas de la tercera edad quienes resultan más vulnerables (artículos 13 y 46 de la Constitución), sino también en la protección especial que el Estado está obligado a otorgar al trabajo en todas sus modalidades, puesto que, como lo advirtió la Corte Constitucional, ‘se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente’.”[8]

La pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo en todas sus modalidades, incluso con el reconocimiento y pago de la pensión, que ha de realizarse de manera oportuna, respetando los derechos adquiridos y dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social, de tal manera que sea posible acceder a un ingreso mínimo que cubra las necesidades básicas del adulto mayor y su núcleo familiar.

Es por eso que la importancia del reconocimiento del derecho pensional, radica no solo en la inescindible relación existente entre la mesada pensional y el mínimo vital, de aquellas personas que al solicitar el reconocimiento de dicha prestación han terminado su vínculo laboral y requieren un ingreso fijo para su sostenimiento, sino también en el derecho que tiene el trabajador de retirarse a descansar, con la seguridad de que podrá continuar percibiendo una suma de dinero que se ajuste a lo cotizado durante todo su desempeño laboral y que le permita mantener su nivel de vida en condiciones dignas.[9]

3.2. En concordancia con el artículo 86 superior, la acción de tutela es una vía judicial que tiene toda persona para procurar la protección de sus derechos fundamentales, la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Acercando dichos requisitos generales de procedencia de la acción de tutela al pago de prestaciones económicas pensionales por esta vía, pueden identificarse las siguientes reglas jurisprudenciales:

(i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”[10]. La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, sea o no como mecanismo transitorio[11].

(ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales.

(iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan inferir la falta de legalidad de los actos de la entidad administradora del servicio público de seguridad social.

(iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que exista un alto grado de probabilidad[12], que no se corrobora a plenitud por falta de diligencia imputable a la respectiva administradora de pensiones.

(v) Que a pesar de que le asista al accionante el derecho pensional que reclama, hubiere sido negado de manera caprichosa o arbitraria[13].

3.3. Sobre cómo mediante esta acción se pueden conceder derechos pensionales, en fallo T-637 de agosto 25 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) se indicó que la tutela procederá “(i) de forma definitiva, cuando no exista otro medio de defensa judicial, o existiendo, éste no resulta idóneo y eficaz para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales. En igual sentido, procederá (ii) de forma transitoria, cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección judicial idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante; en ambos casos debe (iii) existir prueba de la titularidad del derecho pensional reclamado y del ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada”.

Consecuentemente, para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por vía de tutela, el juez debe efectuar un estudio de procedencia, si bien estricto, que mantenga racionalidad con la concepción de derecho fundamental que tiene la seguridad social y con el

precedente jurisprudencial expuesto, estando claro que la improcedencia tutelar en materia pensional no es absoluta.

Cuarta. Deberes del empleador, el trabajador y la administradora pensional ante el sistema de seguridad social en pensiones. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. Como se expuso anteriormente, la pensión tiene por objeto garantizar que el afiliado reciba una cantidad de dinero que cubra sus necesidades básicas y las de su familia después de concluir su dependencia laboral, de modo que pueda mantener el mismo nivel socioeconómico de antes de su retiro. Para ello habrá de realizar un ahorro mensual durante el tiempo de trabajo, compuesto de un descuento a su salario y un aporte del empleador, quien a su vez tiene la obligación de consignar mensualmente las sumas de esos aportes a la administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado el empleado, dentro del plazo establecido al efecto, a riesgo de incurrir en el pago de los intereses que genere la mora. En caso de que el empleador no realice el referido descuento al trabajador, deberá responder por la totalidad del mismo[14].

A las administradoras de pensiones les atañe elaborar la historia laboral de los afiliados, en donde consten los periodos cotizados. De incumplir el empleador sus obligaciones, será requerido para que explique los motivos de la omisión y, si fuere renuente en el pago de los aportes, se iniciará trámite de cobro, para el cual el valor reflejado en la liquidación de la deuda prestará mérito ejecutivo.

Por su parte, para obtener la prestación esperada, el trabajador deberá cumplir los requisitos de edad y semanas de cotización contemplados en la norma vigente aplicable a su caso.

4.2. La falta de armonía en esta “relación tripartita”[15] trabajador, empleador y administradora de pensiones, puede generar injustos obstáculos para la tramitación de la pensión del primero.

En tal sentido, en sentencia T-553 de octubre 1° de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), se señaló que el incumplimiento del empleador “no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del (...) 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... 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...[16]"

4.3. Ahora bien, frente a la obligación de las administradoras de pensiones de cobrar dichos aportes, debe considerarse que el legislador ha consagrado mecanismos específicos, con los cuales cuenta para requerir su pago al empleador moroso, pues en los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999 se establecen los plazos para presentar los aportes y en los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 2633 de 1994, se estipulan las acciones para efectuar el cobro de estos dineros[17].

En esa forma, las administradoras tienen el deber de exigir al empleador el pago de los aportes, solventando las situaciones en mora e imponiendo las sanciones a que haya lugar, no siéndoles posible alegar como defensa su propia negligencia en la implementación de esa atribución ni trasladar dicha carga al afiliado.

Quinta. Análisis de los casos concretos.

Disponiendo de los elementos constitucionales, jurisprudenciales y fácticos a los que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, la Sala analizará si han sido vulnerados los referidos derechos fundamentales de los actores, por la negativa de los entes demandados a reconocer las pensiones respectivas, debido a que, según exponen, los actores no cumplen el requisito de las semanas mínimas de cotización. Sin embargo, según indican los demandantes, los empleadores no efectuaron en debida forma los aportes correspondientes para cada caso y el ISS no les requirió dichas cotizaciones.

5.1. En el expediente T-3.785.722 se observa que al señor Noel González, de 83 años de edad, quien padece artrosis, nefropatía crónica, aumento del tamaño de la próstata, nefrolitiasis bilateral e insuficiencia renal crónica, le fue negada la referida prestación por

el ISS, mediante las resoluciones 109743 de 2010 y 111797 de 2011, en las que determinó de manera similar que el actor es beneficiario del régimen de transición, por lo que en su caso los requisitos para acceder a la pensión de vejez son los contemplados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es decir, 60 años de edad y mínimo 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 en cualquier tiempo.

Se constata además que en la historia laboral del demandante “existen periodos no cancelados y otros cancelados extemporáneamente sin que se haya pagado el interés respectivo, se establece que el (la) asegurado (a) cotizó a este instituto en forma interrumpida un total de 998 semanas de las cuales 207 se cotizaron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad. concluyendo (sic) que el (la) asegurado (a) no acredita el requisito de semanas cotizadas...”.

5.1.1. Esta situación llevó a la parte actora a impetrar la tutela, afirmando que el señor Noel González cumple con el requisito de las semanas de cotización y que el ISS no le tuvo en cuenta para efecto del reconocimiento de la pensión los periodos de septiembre, octubre y noviembre de 1999, los cuales probó que sí fueron aportados por su empleador pero con número de cédula errado, sobre lo cual allegó copia de las respectivas planillas de autoliquidaciones mensuales[18].

El referido Juzgado de instancia intentó dilucidar, requiriendo a la entidad demandada para que allegara dicha información, pero no obtuvo respuesta y, por ello, no logró certeza sobre el acceso al derecho pensional, por lo cual ordenó al actor que reclamara ante la jurisdicción ordinaria.

5.1.2. Es evidente que el señor Noel González es merecedor de especial protección constitucional, por su avanzada edad y las enfermedades que padece, de manera que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales anteriormente expuestos, no exige análisis adicionales concluir que es procedente tramitar el presente asunto a través de la acción de tutela.

5.1.3. Frente al requisito de las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que la parte demandante también estima cumplido, se aprecia que, en efecto, para los periodos de septiembre, octubre y noviembre de 2009 sí hubo aportes pero con error en el número de

cédula, circunstancia que debió ser aclarada por el propio ISS y no endosarle al actor yerros ajenos, al punto de excluirle de una pensión que sí le corresponde y necesita con apremio para solventar su mínimo vital, acrecido por los gastos médicos.

En conclusión, el señor Noel González se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, que impone la protección inmediata de los derechos fundamentales reclamados, para finalizar la perpetración de los perjuicios que viene afrontando por no habersele reconocido la pensión a que tiene derecho, al cumplir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si se suman los periodos dejados de contabilizar pero que sí fueron aportados a su nombre, según consta en las planillas a las que antes se hizo mención.

Lo anterior se refrenda al acatar lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que conlleva dar por ciertos los hechos narrados en una demanda de tutela, sobre los cuales no respondió el ente accionado, a pesar de habersele corrido oportuno traslado, como en efecto acaeció en este caso.

5.1.4. Así, se confirmará el fallo dictado en diciembre 27 de 2012 por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali, que tuteló los derechos fundamentales del actor “a la seguridad social, la vida y el mínimo vital”, con la variación de que “el acto administrativo de reconocimiento y pago al señor Noel González de su pensión de vejez” allí ordenado (f. 71 cd. inicial respectivo), tendrá efecto definitivo, como corresponde, pues no resulta razonable someter a una persona de 83 años de edad a un proceso laboral ordinario, para que se le reconozca un derecho que nunca debió negársele, como ostensiblemente se acreditó en esta acción de tutela y debe pagársele en las sumas y periodicidad debidas, cubriendo las mesadas anteriores en el término indicado, en todo lo que no estuviere prescrito.

5.2. El otro caso, expediente T-3.788.265, atañe al señor Armando Caicedo Osorio, de 63 años de edad, a quien tampoco le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS, pues en las Resoluciones 027958 de 2011 impugnada y 00772 de 2012 que resolvió el recurso confirmando la decisión, se consideró que el asegurado es beneficiario del régimen de transición y “allegó certificados sobre el tiempo de servicios al sector Público no cotizado al ISS así: entidad Ministerio de Defensa (autocotiza); periodo 24/10/1967 a 24/10/1967; total días cotizados sector público 721”, agregando que “el tiempo cotizado a Entidades del

Sector Público y el cotizado al Seguro Social, permite acreditar 7.352 días, igual a 20 años, 05 meses y 02 días, que equivalen a 1050 semanas válidamente cotizadas” y que las normas aplicables al caso son “la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, Decreto 758/90” (f. 18 cd. inicial respectivo).

Así, el ISS negó el pago de la pensión de vejez debido a que, para el caso de la Ley 33 de 1985, se debe acreditar 20 años de servicio al Estado, situación en la que no encaja el actor pues solo sumó 2 años y 1 día de trabajo en el sector público. En cuanto a la Ley 71 de 1988, adujo que no se puede aplicar, teniendo en cuenta que por los periodos laborados en el Ministerio de Defensa, no se efectuó aporte o cotización a ninguna caja o fondo. Igualmente indicó que no satisface los requisitos consagrados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues solo cuenta con 947 semanas en toda su historia laboral, de las cuales 247 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

5.2.1. Ante ello, el señor Armando Caicedo Osorio decidió acudir a la acción de tutela, en cuyo diligenciamiento el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, en sentencia única de instancia de octubre 8 de 2012, negó el amparo pedido al estimar que el actor no se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que requiera la protección inmediata de los derechos alegados, dado que no está en la tercera edad, ni padece una enfermedad grave, pues según el diagnóstico del Hospital Occidente de Kennedy, anexo a la demanda, solo sufre lumbalgia.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos para obtener pensión de vejez, el Juzgado de tutela determinó que de lo probado no se puede inferir si el actor cumple las semanas de cotización necesarias para el reconocimiento prestacional pretendido, dado que el tiempo que trabajó para el Ministerio de Defensa no fue tenido en cuenta por el ISS, pues no se efectuó cotización a alguna caja o fondo, determinándose que la situación fáctica del demandante no debe ser dirimida en acción de tutela, debiendo acudir a la jurisdicción laboral.

5.2.2. Para determinar la actualidad de sus afecciones, el actor fue requerido en junio 4 de 2013 y un día después radicó varios comprobantes médicos, en los que se aprecia que sufre osteoartrosis[19] y discopatía, ambas enfermedades degenerativas, caracterizadas por

pérdida de movilidad debido al desgaste paulatino del cartílago de las articulaciones, causando rigidez y dolor intenso.

5.2.3. Aseveró también el demandante que su situación económica es muy difícil y que actualmente sobrevive gracias a la caridad de unos conocidos, afirmación refrendada con algunos documentos (fs. 16 y 31 a 38), encontrándose afiliado al Sisben nivel 3 (f. 17 ib.) y resultándole imposible a su edad conseguir trabajo, de lo que ni siquiera disiente el ente demandado, cuyo silencio también conduce a la aplicación del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, para tener por ciertos los hechos relatados en la demanda de tutela. Así, la vulneración del mínimo vital y las afecciones de salud referidas, conducen a la procedencia de la acción de tutela también en este caso.[20]

5.2.4. Ahora bien, frente al requisito de las semanas de cotización exigidas para acceder a la prestación se debe considerar que el ISS certificó en las resoluciones N° 027958 de 2011 y N° 00772 de 2012, que el actor acreditó “7.352 días, igual a 20 años, 05 meses y 02 días, que equivalen a 1.050 semanas válidamente cotizadas” (está en negrilla en el texto original, f. 18 ib.).

Empero, el ISS arguye que el afiliado no encaja en ninguno de los regímenes pensionales anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que deviene contra evidente, pues si, certificado por el propio ISS, el accionante cotizó 1.050 semanas y pertenece al régimen de transición, es claro que satisface lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dado que para el reconocimiento pensional requiere tener 60 años de edad y 1000 semanas efectivamente cotizadas en cualquier tiempo.

Por otro lado, el actor refiere que no se contabilizaron los periodos de octubre de 1967 a octubre 1969, al no efectuarse los respectivos descuentos salariales para cotización a pensión, tiempo en que se “autocotizaba” y, por ende, no se hacía aporte a ninguna caja o fondo. Sin embargo, cabe resaltar que el deber de transferir los referidos aportes al ISS se originó a partir de 1967, cuando ese Instituto empezó a recaudar[21] y, en tal medida, el Ministerio de Defensa tenía la obligación de efectuar los descuentos salariales y realizar los aportes al sistema, para no asumir, en caso contrario, la totalidad de los mismos.

Igualmente el ISS debía requerirle al empleador, que para este caso sería el Ministerio de

Defensa, el pago de dichas cotizaciones, o la emisión del respectivo bono pensional con el fin de actualizar la historia laboral del afiliado, omisión que bajo ninguna circunstancia podrá afectar los derechos del peticionario a recibir la pensión de vejez pretendida.

5.2.5. En consecuencia, será revocado el fallo proferido en octubre 8 de 2012 por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, que negó lo instado por el señor Armando Caicedo Osorio, a quien, en su lugar, le serán tutelados los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital, ordenándosele a Colpensiones, entidad que asumió las funciones del ISS a partir de septiembre 28 de 2012, reconocerle y pagarle la pensión de vejez a que tiene derecho.

Sexta. Decisión

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

RESUELVE

Primero.- En el expediente T-3.785.722, CONFIRMAR la sentencia dictada en diciembre 27 de 2012 por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali, con la modificación de que “el acto administrativo de reconocimiento y pago al señor Noel González de su pensión de vejez” allí ordenado, tiene efecto definitivo.

Segundo.- En el expediente T-3.788.265, REVOCAR la sentencia dictada en octubre 8 de 2012 por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá. En su lugar, se decide TUTELAR los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Armando Caicedo Osorio, reconociéndole en forma definitiva la pensión de vejez a que tiene derecho.

Tercero.- En consecuencia, se dispone ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia, expida la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez del señor Armando Caicedo Osorio, en la suma que corresponda, la cual empezará a pagar con la periodicidad debida, cubriéndole las mesadas causadas desde que se adquirió

el derecho, en lo que no estuviere prescrito.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el 4° párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005.

[2] Ver fs. 43 y 44 ib.

[3] Entidad que, en concordancia con los decretos 2011, 2012 y 2013 del 2012, asumió las funciones del ISS a partir de septiembre 28 de 2012.

[4] El Gerente Nacional de Defensa Judicial de Colpensiones citó “las sentencias relevantes C-337 de 1993, C-388 de 2000, C-648 de 2001, T- 464 de 1996 (sic), T-300 de 2004 entre otras...”.

[6] Ver nuevamente nota 2 de pie de página.

[7] T-1752 de diciembre 15 de 2000 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger).

[8] “Sentencia C-177 de 1998”

[9] T-019 de enero 23 de 2009 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

[10] T-433 de mayo 30 de 2002 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

[11] T-042 de febrero 10 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

[12] T-248 de marzo 6 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

[13] Cfr. T-063 de febrero 9 de 2009 (M. P. Jaime Araújo Rentería).

[14] Cfr. artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.

[15] Expresión usada en el fallo T-075 de febrero de 2009 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) en la que hace referencia a las partes que intervienen en la consecución del derecho pensional y que fue desarrollada a partir de la ya citada sentencia C-177 de mayo 4 de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) como relación triangular.

[16] “En este sentido se puede consultar, entre otras, las sentencias T-334 de 1997 y T-553 de 1998.”

[17] Artículo 5° del Decreto 2633 de 1994: “Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // ‘Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.’”

[18] Cfr. fs. 18 a 24 cd. inicial respectivo.

[19] Según American College of Rheumatology, “la osteoartritis (OA) se produce cuando el cartílago de la articulación se deteriora, con frecuencia debido a tensión mecánica o alteraciones biomecánicas, lo cual hace que el hueso que se encuentra debajo del cartílago falle y tiende a afectar a articulaciones que se utilizan con frecuencia, como las manos y la columna y a articulaciones que cargan peso, como las caderas y las rodillas. Los síntomas incluyen dolor y rigidez de la articulación, hinchazón prominente..., crujidos o rechinado al mover..., menor funcionamiento de la articulación. Todavía no hay ningún tratamiento comprobado que pueda revertir el daño que produce la OA a la articulación. El objetivo del tratamiento es reducir el dolor y mejorar el funcionamiento de las articulaciones afectadas. Con frecuencia, eso es posible mediante una mezcla de medidas físicas y farmacoterapia y, a veces, cirugía”. Cfr. (consultado en junio 12 de 2013) https://www.google.com.co/#sclient=psyab&q=osteoartrosis%20pdf&oq=&gs_l=&pbx=1&bv=on.2,or.r_qf.&bvm=bv.47810305,d.dmQ&fp=32eea745d0468ed7&biw=1024&bih=677&pf=p&pdl=300.

[20] Cfr. T-105 de febrero 20 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

[21] Cfr. Decreto 3041 de 1966, publicado en el Diario Oficial N° 32.126, de enero 14 de 1967.