

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MATERIA PENSIONAL-Procedencia excepcional

Por regla general, la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, habida cuenta que el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política consagra el principio de subsidiariedad, el cual exige que el actor haya agotado todos los medios de defensa judiciales que tiene a su alcance para ventilar su pretensión, esto es, que haya acudido al juez laboral o contencioso en procura de obtener el reconocimiento y pago de la prestación específica. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunas excepciones a esa regla general cuando por vía constitucional se reclama el amparo de la pensión de vejez, por cuanto (i) el derecho a la seguridad social tienen una connotación iusfundamental para aquellas personas del grupo etario de la tercera edad (más de 60 años de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009), y, porque (ii) la pensión de vejez es una prestación que garantiza al trabajador su derecho a retirarse de las labores, sin que por ese hecho deje de recibir el ingreso que le permitía suplir sus necesidades vitales y las de su familia, como una retribución o compensación por sus esfuerzos mientras estuvo laboralmente activo, considerando que ha llegado a una edad en la que ha cumplido con ese deber social y ha acreditado los requisitos legales exigidos para adquirir el estatus de pensionado. Se trata entonces de una de las prestaciones sociales básicas que inicialmente se consagró en la ley, pero luego adquirió rango constitucional, convirtiéndose así en una conquista laboral del más alto nivel que no puede ser suprimida ni desconocida por el legislador. En ese sentido, el amparo constitucional solo resulta viable como mecanismo principal, si no existe otro medio de defensa judicial, o si existiendo, no es idóneo ni eficaz para la protección de derechos fundamentales. Si la tutela se invoca como mecanismo transitorio a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial ordinario e idóneo, es preciso demostrar que el amparo busca evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional para evitar un perjuicio irremediable

La acción de tutela procede definitivamente para el reconocimiento y pago de pensiones, cuando los titulares del derecho son personas de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial. En tales eventos, se considera que

la demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y pago de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital y a la salud, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención del juez constitucional, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de derechos fundamentales. En esos casos, el amparo puede llegar a ser definitivo ante la demora e ineficacia que reporta el mecanismo ordinario con que cuenta el actor

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Subsidiariedad

Si bien la accionante cuenta con el proceso laboral para ventilar su inconformidad frente al cómputo de las semanas cotizadas por el riesgo de vejez que aparecen reportadas con inconsistencias en la base de datos del Instituto de Seguros Sociales, y cuenta con el mismo proceso para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que dice tener derecho, o con la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho contra de la resolución No. 025876 del 29 de julio de 2011 (mediante la cual se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez), no puede perderse de vista que la elevada congestión que reporta nuestro aparato judicial, arriba a la Sala a concluir que esos medios de defensa se tornan ineficaces porque la expedición de un posible fallo, en uno u otro caso, tardaría varios años al punto incluso de poder llegar a superar la expectativa de vida de la actora. Lo único que quedaría es solicitar la revocatoria directa de dicha resolución, trámite que también se torna extenso y que no garantiza la urgente protección de derechos fundamentales que reclama la actora

PENSION DE VEJEZ Y REQUISITO DE SEMANAS COTIZADAS-Reiteración de jurisprudencia

ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES-Deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social

Las entidades administradoras tienen la obligación de custodia, conservación y guarda sobre la información, mediante la cual corroboran el cumplimiento de los requisitos en comento, que conlleva, simultáneamente, las obligaciones de organización y sistematización de dicha información; sin embargo, aquella obligación no se limita solo a la información misma, sino que abarca incluso los documentos físicos o magnéticos en los cuales dicha información reposa, pues de esta forma se garantiza al afiliado la posibilidad real de acceder a la

prestación que aspira porque cuenta con los datos precisos que consolidan los esfuerzos que hizo durante su vida laboral en procura de pensionarse. El incumplimiento de esa obligación ampliada de custodia, conservación y guarda no puede constituir un argumento constitucionalmente admisible para negar el acceso a un derecho de raigambre constitucional, máxime cuando a las entidades administradoras de pensiones no les es dable trasladar al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dicha obligación, es decir, de la desorganización y no sistematización de la información sobre cotizaciones laborales. Se trata pues de errores operacionales que no pueden afectar al afiliado, cuando éste logra demostrar que la información que reposa en la base de datos sobre su historia laboral, no es correcta o precisa

DERECHO AL HABEAS DATA-Vulneración cuando se presentan inexactitudes en la historia laboral para solicitar pensión de vejez

Las inconsistencias o inexactitudes en la historia laboral de un afiliado que aspira a obtener la pensión de vejez, no pueden ser óbice para que, verificado el cumplimiento de ciertos periodos cotizados y actualizada la historia del trabajador, si el peticionario satisface los requisitos de ley, opere el reconocimiento de la prestación que reclama. La Sala concluye que (i) las administradoras de pensiones lesionan el derecho fundamental al debido proceso del afiliado, cuando pretermiten su obligación de brindar una especial atención a la información y las solicitudes que éste eleve en procura de obtener correcciones o actualizaciones de su historia laboral, ora porque existen periodos cotizados no reportados, ora porque presenta inexactitudes en la información registrada. No atender diligentemente esa obligación teniendo las herramientas de juicio para hacerlo, puede incluso llegar afectar otros derechos de naturaleza constitucional; (ii) las administradoras de pensiones tienen la obligación de custodia, conservación y guarda de la información y de los documentos que soportan las cotizaciones de un afiliado, así como la obligación de organizar y sistematizar dicha información; por consiguiente, el incumplimiento de aquellas desde el punto de vista operacional, no puede traducirse en una denegación de los derechos del afiliado que tiene la expectativa legítima de pensionarse; y, (iii) las administradora de pensiones al manejar en sus bases, datos personales de los afiliados, deben garantizar que la información consignada sea cierta, precisa, fidedigna y actualizada, ya que de lo contrario el titular del información puede hacer exigible su derecho al hábeas data solicitando las correcciones a que haya lugar. Y ello es así porque tal derecho fundamental también se aplica para las bases de datos

que registran la historia laboral de un afiliado al sistema general de seguridad social

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Entidad administradora de pensiones no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de dichos aportes

La mora o la omisión por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales, puede llegar a afectar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital del trabajador, pues del pago oportuno que se haga de los mismos depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales. Los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, otorgan a las AFPs distintas herramientas para que efectúen los cobros correspondientes al empleador, incluso por vía coactiva según establece el artículo 57 ibídem, en procura de mantener la integralidad de los aportes. Precisamente, el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de aquellos artículos, regula con claridad los procedimientos para constituir en mora al empleador y para el cobro de los aportes por vía ordinaria. Ni la falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador, ni la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las AFPs, constituyen motivos suficientes para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama, por cuanto no considerarlo así sería tanto como imputar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal del empleador y de la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de aportes. El trabajador no debe asumir la ineficiencia de la administradora en el cobro de los aportes. Ante el incumplimiento del empleador en el pago oportuno y completo de los aportes pensionales, las AFPs deben diligentemente hacer uso de los mecanismos de cobro que consagra la legislación, toda vez que so pretexto de la mora patronal, no pueden desconocer un derecho adquirido del afiliado frente al reconocimiento y al pago de la pensión de vejez ante el cumplimiento de los requisitos de ley. De contera que, la mora patronal es inoponible al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. El trabajador no está obligado a soportar la ineficacia de la AFP en el cobro de los aportes que se encuentran en mora, pues se torna en una carga administrativa inadecuada que trunca el derecho del afiliado a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez cuyos requisitos legales, en caso tal de contar las semanas adeudadas, se encuentran satisfechos. En otras palabras, la AFP no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes para el riesgo de vejez

PENSION DE VEJEZ-Orden al ISS de actualizar historia laboral de la accionante para reconocer pago de esa prestación social, debido a que existía mora en el pago de cotizaciones por parte del empleador

Referencia: expediente T-3383401

Acción de tutela instaurada por Teresa Polanía Dussan contra el Instituto de Seguros Sociales – Seccional Cundinamarca y Bogotá DC.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 13 de diciembre de 2011, que resolvió la acción de tutela promovida por Teresa Polanía Dussan contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 29 de noviembre de 2011, la señora Teresa Polanía Dussan instauró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Bogotá DC, por considerar que éste con sus actuaciones vulneró sus derechos constitucionales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso, atendiendo los siguientes hechos:

1. La accionante nació el 1° de febrero de 1943, por lo cual tiene en la actualidad 69 años de edad¹.

1. Cuenta que desde el 2 de noviembre de 1988 labora de forma ininterrumpida para la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda., razón por la cual, al ser beneficiaria del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez.

1. Señala que mediante resolución No. 007923 del 28 de abril de 1999, el Instituto de Seguros Sociales le negó la pensión de vejez, aduciendo para tal efecto que la actora no cumplía con las semanas mínimas de cotización exigidas para tener derecho a la prestación; concretamente, no cumplía con los requisitos que exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Frente a esa decisión formuló recurso de reposición, el cual fue infructuoso para obtener el reconocimiento de su pretensión.

1. Ante ello, interpuso recurso de apelación que fue resuelto mediante resolución No. 00128 del 29 de enero de 2002, en la cual el Instituto de Seguros Sociales insistió en que la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en que le es aplicable el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, pero que tenía para esa época cotizadas 603 semanas con interrupciones periódicas durante algunas semanas, razón por la cual no acreditó 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida (55 años si es mujer), esto es, entre el 1° de febrero de 1978 y el 1° de febrero de 1998.

1. La actora informa que debido a algunos errores en el formato de liquidación de aportes para pensión que elaboró el empleador, su historia laboral presentó inconsistencias por los siguientes periodos: del 1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, y del 1° de enero

de 2001 al 31 de diciembre de 2004. No obstante, ante una visita que realizó el Instituto accionado a la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda. el 9 de agosto de 2004, el empleador pagó los saldos adeudados por concepto de aportes pensionales y con ello zanjó su error³. A pesar de lo anterior, el cómputo de semanas reportadas en la historia laboral de la actora, en su sentir, no es el correcto ya que solo le aparecen reportadas 936,14 semanas⁴.

1. Señala que mediante carta radicada el 21 de febrero de 2011 en las instalaciones del Instituto de Seguros Sociales, informó que “al parecer hubo errores en algunas liquidaciones por parte del empleador a lo cual el ISS visitó a mi empleador y dispuso que debía pagar saldos, lo cual fue subsanado y pagado por mi empleador” para lo cual anexó copia de la relación de pagos con el ánimo de que se corrigiera y actualizada la información consignada en su historia laboral, en cuanto al número de semanas cotizadas. A pesar de ello, no obtuvo respuesta alguna por parte del accionado.

1. Aduce que mediante escrito del 10 de marzo de 2011, nuevamente presentó solicitud tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez. El Instituto de Seguros Sociales emitió la resolución No. 25876 del 29 de julio de 2011⁵, a través de la cual negó la pensión de vejez a la accionante, esgrimiendo que si bien es beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, y actualmente supera los 55 años de edad, “obra historia laboral actualizada del asegurado expedida por la Gerencia Nacional de Historia Laboral del Instituto de Seguros Sociales, en la que se precisa que la señora Magnolia Quintero de García (sic), a partir del 1° de diciembre de 1994 y hasta el 30 de abril de 2011, de manera interrumpida con distintos empleadores, ha cotizado al régimen contributivo un total de 936 semanas de las cuales 463 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida. // Que de acuerdo con lo anteriormente establecido, el asegurado Teresa Polanía Dussan no cumple con el requisito de las 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un mínimo de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo”. Por lo anterior, estableció que era improcedente conceder la pensión de vejez a la actora.

1. En la parte final de la misma resolución, el Instituto accionado señaló que el régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993, no podía mantenerse a la actora porque de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005, siguen disfrutando de él las personas que al 22 de julio de 2005 tengan un mínimo de 750 semanas cotizadas, y que la actora al tener solo 639 semanas a esa fecha, no puede conservar dicho régimen.

1. La accionante considera que es beneficiaria del régimen de transición y que el Instituto de Seguros Sociales no estudió su caso a la luz del Decreto 758 de 1990, al igual que tampoco tuvo en cuenta las inconsistencias que presenta la historia laboral de semanas cotizadas, ya que en realidad y de acuerdo con la imputación de pagos, cuenta con más de 1200 semanas cotizadas que son suficientes para obtener el derecho pensional.

1. Solicita protección constitucional a los derechos invocados y que, en consecuencia, se ordene al Instituto de Seguros Sociales que impute, cargue, registre y actualice todas las semanas que efectivamente cotizó, para de esa forma tener derecho a la pensión de vejez. Así mismo, pide que se ordene al accionado que le respete el régimen de transición por cuanto aduce ser beneficiaria de él.

1. Respuesta de la entidad accionada:

A pesar de estar debidamente enterado sobre la admisión de la tutela de la referencia, a través del oficio 1204 del 30 de noviembre de 2011 expedido por el Juzgado a-quo, el Instituto de Seguros Sociales guardó silencio frente a los hechos y pretensiones del amparo constitucional.

II. DECISIÓN OBJETO DE REVISIÓN:

El Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia de única instancia proferida el 13 de diciembre de 2011, negó el amparo a los derechos constitucionales invocados, arguyendo que la actora debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para que allí se le realice un estudio minucioso de su solicitud, ya que el juez de tutela solo tiene competencia para revisar actos administrativos cuando existe un perjuicio a los derechos de los asociados, el cual no evidenció en el presente asunto.

Agregó que el Instituto accionado no incurrió en vía de hecho por defecto sustantivo en la resolución No. 025876 del 29 de julio de 2011, por cuanto se ciñó al historial laboral actualizado de la actora y a la normatividad vigente sobre los requisitos exigidos para que prospere el reconocimiento de la pensión de vejez.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia:

Esta Corte es competente para revisar la decisión judicial antes descrita, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados el 28 de febrero de 2012.

2. Problema Jurídico:

En esta oportunidad, el problema jurídico al cual se enfrenta la Sala de Revisión, se encuentra dividido en dos partes: la primera, en determinar si la acción de tutela procede para obtener el reconocimiento y pago de pensiones; y, la segunda, que surge como el resultado positivo del estudio de procedencia antedicho, en establecer si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos constitucionales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vejez en condiciones dignas de la accionante, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición, con el argumento de no haber acreditado el número de semanas exigidos en la ley aplicable a su caso, por cuanto existen inconsistencias en la base de datos y moras en el pago de algunos aportes por parte del empleador.

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes

temas: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones; (ii) escenarios constitucionales de protección ante las inconsistencias en el cómputo de semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones, con miras de acceder a la pensión de vejez; (iii) la mora del empleador en el pago de aportes no puede ser imputada como carga administrativa al trabajador; y, (iv) el caso concreto.

3. La procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia:

3.1. Por regla general, la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, habida cuenta que el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política consagra el principio de subsidiariedad, el cual exige que el actor haya agotado todos los medios de defensa judiciales que tiene a su alcance para ventilar su pretensión, esto es, que haya acudido al juez laboral o contencioso en procura de obtener el reconocimiento y pago de la prestación específica.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunas excepciones a esa regla general cuando por vía constitucional se reclama el amparo de la pensión de vejez, por cuanto (i) el derecho a la seguridad social tienen una connotación iusfundamental⁶ para aquellas personas del grupo etario de la tercera edad (más de 60 años de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1276 de 2009), y, porque (ii) la pensión de vejez es una prestación que garantiza al trabajador su derecho a retirarse de las labores, sin que por ese hecho deje de recibir el ingreso que le permitía suplir sus necesidades vitales y las de su familia, como una retribución o compensación por sus esfuerzos mientras estuvo laboralmente activo, considerando que ha llegado a una edad en la que ha cumplido con ese deber social y ha acreditado los requisitos legales exigidos para adquirir el estatus de pensionado⁷. Se trata entonces de una de las prestaciones sociales básicas que inicialmente se consagró en la ley, pero luego adquirió rango constitucional⁸, convirtiéndose así en una conquista laboral del más alto nivel que no puede ser suprimida ni desconocida por el legislador⁹.

En ese sentido, el amparo constitucional solo resulta viable como mecanismo principal, si no existe otro medio de defensa judicial, o si existiendo, no es idóneo ni eficaz para la

protección de derechos fundamentales. Si la tutela se invoca como mecanismo transitorio a pesar de la existencia de otro medio de defensa judicial ordinario e idóneo, es preciso demostrar que el amparo busca evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: “i) ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”¹⁰, y debe ser valorado por el juez constitucional de acuerdo con la realidad fáctica que presenta cada caso en particular.

Precisamente, frente al tema pensional, las sentencias T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-180 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-631 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) y T-387 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), han señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de vejez o de jubilación se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para que proceda el reconocimiento y pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto a la procedencia de la solicitud; (iii) que la negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y, (iv) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.

Si esos supuestos concurren, el reconocimiento de la pensión adquiere relevancia constitucional porque se encuentran comprometidos derechos de raigambre fundamental como la vida, el mínimo vital y la dignidad humana de las personas de la tercera edad, toda vez que éstas no cuentan con otra fuente de ingresos para suplirse su propia subsistencia.

Esta Corporación también ha decantado que la acción de tutela procede definitivamente para el reconocimiento y pago de pensiones, cuando los titulares del derecho son personas de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarles un tratamiento especial y diferencial¹¹. En

tales eventos, se considera que la demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y pago de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital y a la salud, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención del juez constitucional, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de derechos fundamentales. En esos casos, el amparo puede llegar a ser definitivo ante la demora e ineficacia que reporta el mecanismo ordinario con que cuenta el actor¹².

Sin embargo, es pertinente aclarar que la Corte en sentencias T-923 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) y T-266 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), indicó que la condición de persona de la tercera edad no es, por sí sola, razón suficiente para definir la procedencia de la tutela. Concretamente, en la primera de ellas puntualizó que tal condición “constituye un parámetro válido para estimar la existencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que las personas en situación de debilidad manifiesta, entre ellas las pertenecientes a la tercera edad, son beneficiarias de una discriminación positiva en lo que tiene que ver con el acceso a los medios y recursos judiciales ordinarios”¹³. Por ello, en forma adicional al tema de la edad del accionante, también se debe considerar su capacidad económica, estado de salud, la demora judicial que supere la expectativa de vida, es decir, todo aquello que permita deducir que el procedimiento ordinario no resulta idóneo para obtener la protección de sus derechos.

3.3. En este orden de ideas, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por regla general y atendiendo el principio de subsidiariedad, debe protegerse a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal efecto. No obstante, ese derecho puede tutelarse cuando (i) se encuentra comprometido un derecho fundamental, (ii) se trata de un sujeto de especial protección constitucional frente al cual el juicio de procedibilidad del amparo no se aplica en forma tan estricta, y (iii) no existe un medio de defensa judicial idóneo en procura de salvaguardar sus intereses iusfundamentales, o cuando existiendo ese medio, no es eficaz para proporcionar la protección adecuada, bien sea por las especiales circunstancias que atraviesa el accionante respecto de su salud o de su capacidad económica para prodigarse una digna subsistencia.

3.4. Ahora bien, atendiendo a las anteriores consideraciones, previamente la Sala deberá

establecer si la acción de tutela es procedente para solicitar el amparo de los derechos constitucionales invocados por la actora, toda vez que solo si la respuesta a esta cuestión es positiva, será posible efectuar un pronunciamiento de fondo en el caso sub examine.

En primer lugar, la accionante es una persona que actualmente tiene 69 años de edad, es decir, que por su condición de adulto mayor, encuadra dentro del grupo poblacional de tercera edad que es sujeto de especial protección constitucional. Precisamente, el artículo 46 de la Constitución Política establece como deber del Estado, velar por la protección y asistencia a las personas de la tercera edad, al punto de garantizar los servicios de la seguridad social integral.

En segundo lugar, si bien la accionante cuenta con el proceso laboral para ventilar su inconformidad frente al cómputo de las semanas cotizadas por el riesgo de vejez que aparecen reportadas con inconsistencias en la base de datos del Instituto de Seguros Sociales, y cuenta con el mismo proceso para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que dice tener derecho, o con la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho contra de la resolución No. 025876 del 29 de julio de 2011 (mediante la cual se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez)¹⁴, no puede perderse de vista que la elevada congestión que reporta nuestro aparato judicial, arriba a la Sala a concluir que esos medios de defensa se tornan ineficaces porque la expedición de un posible fallo, en uno u otro caso, tardaría varios años al punto incluso de poder llegar a superar la expectativa de vida de la actora. Lo único que quedaría es solicitar la revocatoria directa de dicha resolución, trámite que también se torna extenso y que no garantiza la urgente protección de derechos fundamentales que reclama la actora.

En tercer lugar, se encuentran comprometidos los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de la actora, habida cuenta que a pesar de trabajar para una misma empresa de forma ininterrumpida desde noviembre de 1988, de acuerdo con el Seguro Social aún no cumple con las semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, cuando lo cierto es que de las pruebas arrimadas al expediente de tutela se logra extraer, a priori, que de tener en cuenta las semanas no incluidas por inexactitud y por mora del empleador, la actora cumpliría a satisfacción con los requisitos legales para que proceda el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que tanto reclama, más aún cuando a pesar de su edad todavía se encuentra vinculada laboralmente porque el salario que percibe es el único ingreso

económico con que cuenta para prodigarse una digna subsistencia.

Vistas así las cosas, esta Corporación observa que en el presente caso la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para resolver la presunta vulneración de derechos constitucionales, ya que los mecanismos de defensa con que cuenta la actora son ineficaces para garantizar el reconocimiento de la pensión de vejez.

4. Escenarios constitucionales de protección ante las inconsistencias en el cómputo de semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones, con miras de acceder a la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia:

4.1.1. El primer tema que ha estudiado, es el menoscabo del derecho fundamental al debido proceso en materia pensional, cuando la administradora de pensiones no tiene en cuenta las solicitudes del afiliado relacionadas con el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación económica. Este tema fue puntualmente desarrollado con mayor énfasis en la sentencia T-855 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla)¹⁵, en la cual se revisó el caso de una señora de 74 años de edad que sufría graves padecimientos de salud, a quien el ISS le había negado en varias oportunidades el reconocimiento de su derecho pensión, bajo el argumento de que no contaba con las suficientes semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Sin embargo, según alegaba la accionante, la negativa para el reconocimiento de su pensión de vejez obedecía a la inexactitud de su historia laboral, en la cual no se reportaban varios periodos de cotización en los cuales trabajó con varias empresas, situación que expuso en varias comunicaciones dirigidas al ISS. A pesar de ello, esa entidad no desplegó interés para resolver sus solicitudes tendientes a la revisión y actualización de su historia laboral, a fin de completarla con los periodos que aducía como faltantes, con los cuales podría acceder a la pensión de vejez.

En esa sentencia, previo análisis de las bases constitucionales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso administrativo, la Sala Sexta de Revisión indicó que (i) cuando la entidad pública en cuyas manos está la obligación de la decisión administrativa tiene la posibilidad de resolver el asunto bajo examen, con mejores y mayores elementos de juicio que le permitan adoptar una decisión más fiel a la realidad de los hechos que se le plantean, y no hace uso de ellos a pesar de tenerlos a su disposición ante la insistencia del administrado, vulnera el debido proceso al pretermittir el cumplimiento de una obligación y la

solicitud de un aspecto del proceso que puede incidir en la decisión que adopte, abriendo así la posibilidad de proferir un acto que no consulte la realidad fáctica y que niegue un derecho que en verdad le asiste al administrado; (ii) en los procesos administrativos mediante los cuales se decide el reconocimiento de prestaciones económicas concernientes al sistema de seguridad social en salud, deben las administradoras de pensiones cumplir con los postulados de respecto al debido proceso, en tanto su inobservancia puede generar la negación del goce efectivo del derecho prestacional que se reclama; y, (iii) cuando se ponen en conocimiento de la administradora de pensiones hechos que tienen relevancia o incidencia directa en el reconocimiento de la prestación económica, como la existencia de semanas cotizadas en periodos determinados que no aparecen reportadas en la historia laboral, y no son atendidos diligentemente, se produce una vulneración al debido proceso que se combina con la denegación del derecho a la seguridad social del afiliado.

Bajo esos parámetros, la Sala Sexta de Revisión concluyó que en los procesos administrativos en materia de seguridad social, las administradoras de pensiones deben brindar una especial atención a la información y a las solicitudes que provengan del afiliado, concernientes a las circunstancias fácticas de las cuales se valdrá para intentar el reconocimiento de su derecho pensional, tales como la existencia de periodos cotizados no registrados en su historia laboral, o la inexactitud de ésta. No tener en cuenta esa información, se traduce en la vulneración del debido proceso que, a su vez, repercute en el disfrute de otros derechos constitucionales.

Aplicando esa teoría al caso concreto de la sentencia T-855 de 2011, una vez esa Sala verificó las inexactitudes en la información consignada en la historia laboral de la actora, concedió la protección constitucional y ordenó al ISS que procediera al reconocimiento de la pensión de vejez por cuanto la afiliada cumplía con los requisitos legales para acceder a la misma.

4.1.2. El segundo tema que ha analizado esta Corporación, atañe al deber de custodia de la información concerniente al sistema de seguridad social en pensiones, ya sea en el régimen de prima media con prestación definida administrados por el ISS o en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por las AFP¹⁶. Al respecto, ha decantado que la titularidad del derecho pensional bajo cualquiera de dichos regímenes, impone el manejo adecuado de la información sobre la historia laboral de los afiliados, ya que mediante aquella

se constata el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación económica por el riesgo de vejez.

Así, ha entendido que las entidades administradoras tienen la obligación de custodia, conservación y guarda sobre la información, mediante la cual corroboran el cumplimiento de los requisitos en comento, que conlleva, simultáneamente, las obligaciones de organización y sistematización de dicha información; sin embargo, aquella obligación no se limita solo a la información misma, sino que abarca incluso los documentos físicos o magnéticos en los cuales dicha información reposa, pues de esta forma se garantiza al afiliado la posibilidad real de acceder a la prestación que aspira porque cuenta con los datos precisos que consolidan los esfuerzos que hizo durante su vida laboral en procura de pensionarse.

Entonces, el incumplimiento de esa obligación ampliada de custodia, conservación y guarda no puede constituir un argumento constitucionalmente admisible para negar el acceso a un derecho de raigambre constitucional, máxime cuando a las entidades administradoras de pensiones no les es dable trasladar al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dicha obligación, es decir, de la desorganización y no sistematización de la información sobre cotizaciones laborales. Se trata pues de errores operacionales que no pueden afectar al afiliado, cuando éste logra demostrar que la información que reposa en la base de datos sobre su historia laboral, no es correcta o precisa.

4.1.3. Y, el tercer tema que ha examinado la Corte Constitucional, se relaciona con el ejercicio del derecho fundamental al hábeas data cuando se presentan inexactitudes en la historia laboral¹⁷.

Frente al tópico, comenzaremos por señalar que el artículo 15 de la Constitución Política consagra el derecho autónomo al hábeas data o a la autodeterminación informática, el cual ha sido entendido por este Tribunal, como “aquél que otorga la facultad al titular de los datos personales de exigir de las administradoras de esos datos, ya sean públicas o privadas, el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales, esto es, libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad”¹⁸.

Al examinar la constitucionalidad de la Ley 1266 de 2008, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre hábeas data, esta Corporación indicó que “[e]l derecho al hábeas data es definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales. Este derecho tiene naturaleza autónoma y notas características que lo diferencian de otras garantías con las que, empero, está en permanente relación, como los derechos a la intimidad y a la información”. Además, en el mismo fallo citado se explicó que la regulación contenida en la Ley 1266 de 2008 sobre el hábeas data era parcial, por cuanto normaba particularmente¹⁹ el manejo de datos financieros, comerciales y crediticios, afirmando así que los alcances del hábeas data eran más amplios que los sugeridos en la norma revisada.

Con el ánimo de llenar el vacío evidenciado, el legislador recientemente tramitó un proyecto de ley estatutaria, con el propósito que crear un marco normativo general que regule el hábeas data y que lo torne aplicable para todo tipo de datos personales. Es así que mediante el texto conciliado del proyecto de ley estatutaria 184 de 2010 del Senado y 046 de 2010 en la Cámara de Representantes, el cual fue examinado por esta Corporación mediante la sentencia C-748 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y declarado exequible en la mayoría de sus artículos²⁰, el artículo 2° amplió el ámbito de aplicación del derecho al hábeas data a los datos registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por parte de las entidades públicas o privadas. De contera, que ahora el hábeas data también se aplica para aquellas bases de datos que registran la historia laboral de un afiliado al sistema general de seguridad social.

Y si bien este tema resulta nuevo en el marco legal estatutario que desarrolla el derecho fundamental al hábeas data, no lo es del todo extraño en el panorama de la jurisprudencia constitucional.

Precisamente, en la sentencia T-718 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al revisar el caso de una empleada que presentó acción de tutela contra la ESE Rafael Rafael Uribe de Antioquia, porque esa entidad reportaba varias inconsistencias en la información consignada en su historia laboral que le impedía acceder al pago de ciertas prestaciones laborales por

parte del ISS, la Corte tuteló el derecho fundamental al hábeas data en consideración de que los datos que se registran en la historia laboral tienen un carácter personal, pues a través de ellos se conocen aspectos particulares del titular del derecho tales como: su identificación e individualización, el tipo de actividad económica que desempeña, el monto de su ingreso, el pago oportuno de las cotizaciones al sistema general de seguridad social, la proporción de la deducción que se le efectúa, el tiempo laborado, entre otros. Por lo anterior, estimó que para la realización efectiva de todas las garantías otorgadas por el legislador a los trabajadores, en las bases de datos que contengan la historia laboral del empleado debe reportarse información cierta, precisa y fidedigna, y por lo tanto, surge la posibilidad para éste de solicitar a su patrono la corrección de las incongruencias que evidencie en su historia laboral²¹.

En un sentido similar ya se había pronunciado la sentencia T-317 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), al indicar que “[t]al como lo ha reiterado esta Corporación, el derecho al habeas data tiene una dimensión positiva que comprende, a lo menos, (i) el derecho a figurar en los archivos de información o en las bases de datos de las cuales depende el acceso a un derecho o servicio básico; (ii) el derecho a que la información sea correcta, completa y actualizada; y (iii) el derecho a que circule por los conductos regulares de manera efectiva y oportuna hasta la autoridad administrativa competente para decidir sobre el acceso al derecho o al servicio. // En consecuencia, como quiera que las fallas en el almacenamiento, actualización y circulación interna de información completa, oportuna y actualizada sobre la historia laboral del accionante, así como sobre los posibles aportes de seguridad social pueden afectar el goce efectivo de los derechos fundamentales de habeas data y seguridad social y, además, vulnerar el principio de buena fe, encuentra la Corte que es necesario que la administración... adopte en el corto plazo las medidas y correctivos necesarios para superar este tipo de irregularidades que puedan poner en peligro el goce efectivo de los derechos fundamentales del accionante.”

Por esa misma línea, en las sentencias T-599 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-855 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), la Corte afirmó que en el recaudo, administración, manejo y circulación de los datos que componen la historia laboral de un afiliado al sistema general de seguridad social, deben observarse los principios que rigen el ejercicio del hábeas data, ya que involucran el manejo de datos personales que, en caso de no corresponder a la realidad, pueden desembocar en la vulneración de otros derechos fundamentales como la vida digna,

el mínimo vital o la seguridad social para las personas de la tercera edad. Adicionalmente, en la última sentencia en comentó la Corte concluyó que “cuando una entidad administradora desatiende los requerimientos del afiliado en los que advierte sobre la inexactitud de su historia laboral, y ella no despliega las actuaciones pertinentes que conduzcan a resolver el desacuerdo del afiliado sobre la veracidad o la integridad de los datos consignados en sus bases de datos, vulnera el hábeas data, pues le niega la posibilidad de que sean corregidos o complementados, pasando por alto su obligación de registrar datos veraces y completos que correspondan a la realidad de la afiliación”.

Entonces, las entidades públicas y privadas que administran las bases de datos contentivas de la historia laboral de los afiliados al sistema general de seguridad social, por manejar datos que tienen el carácter de personal, deben reportar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada de los titulares del derecho, para no vulnerar el derecho al hábeas data que le asiste a éstos y, de paso, afectar el goce efectivo de otros derechos de naturaleza constitucional.

4.2. Ahora bien, frente a las inconsistencias en el cómputo de semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones, con miras a acceder a la pensión de vejez, la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades, de las cuales resaltamos dos sentencias: la T-771 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y la T-897 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

En la primera de esas sentencias, se estudió el caso de una mujer de 78 años de edad, a quien en principio el ISS le informó que su empleador no había realizado los aportes para pensiones correspondiente al periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 1992 al 31 de diciembre de 1994, pero debido a un reclamo que elevó la actora, el Coordinador Nacional de Historias Laborales manifestó que si aparecía cotizado ese periodo, lo que motivó que aquella solicitara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante el ISS, el cual le fue negado por no cumplir con el mínimo de semanas cotizadas para acceder al derecho pensional. Al decidir el caso concreto, la Sala Octava de Revisión verificó la inexactitud en la historia laboral de la actora frente un periodo que fue cotizado por el empleador y respecto de otro que si bien figuraba en mora, debió ser tenido en cuenta al momento de computar las semanas para evaluar el cumplimiento de los requisitos pensionales. Por consiguiente, concedió el amparo del derecho fundamental a la seguridad social que le asistía a la actora y ordenó al ISS reconocerle la pensión de vejez por encontrar satisfechos los requisitos para

acceder a la prestación. Aplicó para ello la teoría de la inoponibilidad de la mora del empleador en beneficio de los intereses legítimos de la actora y el respeto al acto propio por parte del ISS ya que mediante comunicación anterior había reconocido que el periodo faltante si había sido cotizado por el empleador.

En la segunda sentencia en comento, la Corte estudió el caso de un ciudadano de 64 años de edad que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez y le fue negada por el ISS porque solo cotizó 639 semanas al sistema. El accionante alegó que el ISS mediante tres documentos legales y oficiales le informó, en 1998 que tenía cotizadas 979 semanas, en el año 2006 que tenía 635 semanas cotizadas y una deuda pendiente de su empleador frente al periodo comprendido entre el 1° de enero de 1981 al 31 de diciembre de 1994, y uno último de julio de 2009 donde le reportaban solo 640 semanas cotizadas. En la tutela el accionante adujo inconsistencias en la historia laboral y la Sala Octava de Revisión, después de verificar algunas inexactitudes que corregidas arrojaban un total de 1034 semanas cotizadas a lo largo de la vida laboral del actor, concedió el amparo y ordenó al ISS que le reconociera la pensión de vejez. En un aparte para desatacar del caso concreto, señaló que “no podría negársele dicha prestación económica, basándose en las inconsistencias de los reportes de periodos y semanas cotizadas del ISS, siendo contrario a la ley y a los valores constitucionales, endilgarle tal negligencia de la entidad al peticionario”.

En estos dos casos traídos a colación, la Sala observa que las inconsistencias o inexactitudes en la historia laboral de un afiliado que aspira a obtener la pensión de vejez, no pueden ser óbice para que, verificado el cumplimiento de ciertos periodos cotizados y actualizada la historia del trabajador, si el peticionario satisface los requisitos de ley, opere el reconocimiento de la prestación que reclama.

4.3. De todo lo antedicho, la Sala concluye que (i) las administradoras de pensiones lesionan el derecho fundamental al debido proceso del afiliado, cuando pretermiten su obligación de brindar una especial atención a la información y las solicitudes que éste eleve en procura de obtener correcciones o actualizaciones de su historia laboral, ora porque existen periodos cotizados no reportados, ora porque presenta inexactitudes en la información registrada. No atender diligentemente esa obligación teniendo las herramientas de juicio para hacerlo, puede incluso llegar afectar otros derechos de naturaleza constitucional; (ii) las administradoras de pensiones tienen la obligación de custodia, conservación y guarda de la

información y de los documentos que soportan las cotizaciones de un afiliado, así como la obligación de organizar y sistematizar dicha información; por consiguiente, el incumplimiento de aquellas desde el punto de vista operacional, no puede traducirse en una denegación de los derechos del afiliado que tiene la expectativa legítima de pensionarse; y, (iii) las administradora de pensiones al manejar en sus bases, datos personales de los afiliados, deben garantizar que la información consignada sea cierta, precisa, fidedigna y actualizada, ya que de lo contrario el titular de la información puede hacer exigible su derecho al hábeas data solicitando las correcciones a que haya lugar. Y ello es así porque tal derecho fundamental también se aplica para las bases de datos que registran la historia laboral de un afiliado al sistema general de seguridad social.

5. La mora del empleador en el pago de aportes para el riesgo de vejez no puede ser imputada como carga administrativa al trabajador. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. En múltiples ocasiones la Corte Constitucional se ha ocupado del tema de la mora patronal como obstáculo inaceptable para que medie el reconocimiento de la pensión de vejez. Así, ha decantado los siguientes puntos:

(i) La mora o la omisión por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales, puede llegar a afectar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital del trabajador, pues del pago oportuno que se haga de los mismos depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales²².

(ii) En materia de pensiones existe una relación tripartita²³ que se explica de la siguiente forma: de un lado, se ubica el trabajador, quien para acceder a la prestación económica de vejez, debe cumplir con la edad requerida y haber hecho las cotizaciones de ley; del segundo lado se encuentra el empleador, el cual debe efectuar mensualmente los aportes que estén a su cargo, debe descontar del salario del trabajador los aportes que debe asumir éste y debe trasladar los recursos obtenidos de la totalidad de los aportes a la entidad encargada de reconocer la pensión²⁴; y del último lado, se sitúa la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) elegida por el trabajador, la cual tiene por obligaciones recibir los aportes hechos por el empleador o por el trabajador si es independiente, cobrar los pagos no realizados en tiempo por el empleador y reconocer las pensiones cuando éstas efectivamente se causen.

(iii) En las sentencias T-923 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo)²⁵, T-631 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo)²⁶ y T-387 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva)²⁷, esta Corporación se preguntó ¿qué ocurre ante el incumplimiento del empleador en el reporte del pago de aportes debidos, a las administradoras de pensiones? Para dar respuesta a ese interrogante, indicó que los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, otorgan a las AFPs distintas herramientas para que efectúen los cobros correspondientes al empleador, incluso por vía coactiva según establece el artículo 57 ibídem, en procura de mantener la integralidad de los aportes. Precisamente, el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de aquellos artículos, regula con claridad los procedimientos para constituir en mora al empleador y para el cobro de los aportes por vía ordinaria.

(iv) Sobre la base del funcionamiento adecuado de la relación tripartita, a título de regla jurisprudencial, se estableció que ni la falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador, ni la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las AFPs, constituyen motivos suficientes para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama, por cuanto no considerarlo así sería tanto como imputar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal del empleador y de la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de aportes²⁸. El trabajador no debe asumir la ineficiencia de la administradora en el cobro de los aportes.

5.2. Concretamente, vale la pena traer a colación lo expresado sobre el particular en la sentencia T-631 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), la cual a su vez citó la sentencia T-923 de 2008, que reiteró las sentencias T-106 de 2006 y T-1106 de 2003. Se dijo en dicha ocasión:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

En este orden de ideas, ante el incumplimiento del empleador en el pago oportuno y completo de los aportes pensionales, las AFPs deben diligentemente hacer uso de los mecanismos de cobro que consagra la legislación, toda vez que so pretexto de la mora patronal, no pueden desconocer un derecho adquirido del afiliado frente al reconocimiento y al pago de la pensión de vejez ante el cumplimiento de los requisitos de ley. De contera que, la mora patronal es inoponible al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

5.3. Esa regla jurisprudencial de la inoponibilidad de la mora patronal en el pago de los aportes para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, se ha mantenido a lo largo de la jurisprudencia constitucional. Así, recientemente, las sentencias T-362 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo)²⁹, T-855 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla)³⁰ y T-979 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)³¹, han reiterado la línea, a título de sombra decisional, frente a que el trabajador no está obligado a soportar la ineficacia de la AFP en el cobro de los aportes que se encuentran en mora, pues se torna en una carga administrativa inadecuada que trunca el derecho del afiliado a obtener el reconocimiento de la pensión de

vejez cuyos requisitos legales, en caso tal de contar las semanas adeudadas, se encuentran satisfechos. En otras palabras, la AFP no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes para el riesgo de vejez.

Por consiguiente, contando con el anterior panorama jurisprudencial, entra la Sala de Revisión a analizar el caso sometido a su estudio puntual.

6. El caso concreto:

6.1. La accionante solicita protección constitucional de sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso, los cuales estima vulnerados por parte del Instituto de Seguros Sociales, porque la información sobre el cómputo de las semanas cotizadas que figura reportada en su historia laboral presenta serias inconsistencias. Cuenta que mediante comunicación dirigida al accionado puso en evidencia las inexactitudes, labor que también adelantó su empleador; a pesar de ello, no obtuvo las correcciones o actualizaciones debidas, situación que lesiona sus intereses ya que no ha podido acceder a la pensión de vejez aun cuando lleva trabajando de forma ininterrumpida más de 22 años con el mismo empleador.

Para abordar el estudio del asunto, la Sala presenta como metodología a seguir la siguiente: en un primer momento analizará si de las pruebas que obran en el expediente se pueden extraer las inconsistencias en la historia laboral de la actora, que alteran el cómputo de las semanas cotizadas; luego se ocupará en verificar la posible afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y al hábeas data que le asisten a la actora; para después determinar si con la información correcta sobre las semanas cotizadas, cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez. En este último punto, analizará si la accionante es beneficiaria del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, y si reúne los requisitos legales para disfrutar de la prestación económica por vejez.

6.2. Para comenzar, la Sala observa que la accionante ingresó a trabajar para la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda el 1° de diciembre de 1988, entidad para la cual ha laborado de forma continúa e ininterrumpida hasta el día de hoy. De acuerdo con la historia laboral, desde el 1° de diciembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1997, reporta 466,29 semanas cotizadas por su empleador.

Según informó el Seguros Social tanto a la accionante como a su empleador en la visita de inspección que le realizó, se presentaron algunos errores en la liquidación de los aportes cotizados durante los periodos correspondientes del 1° enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, y del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004.

6.2.1. Respecto del primer periodo en comento, es decir, el 1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, si bien en la historia laboral aparece el reporte de 12.43 semanas cotizadas, analizando en detalle el reporte de imputación de pagos de la afiliada Teresa Polanía Dussan, la Sala observa que (i) durante los meses de enero, febrero y marzo de 1998 cotizó 10.29 semanas, (ii) que entre los meses de abril a diciembre del año 1998, el empleador realizó cotizaciones sobre la base de un salario mínimo legal mensual de la época (\$203.825) por la suma de \$13.758 pesos mensuales, los cuales fueron imputados cada mes a “periodos anteriores” que estaban en mora, los que ocasionó que en el reporte de imputación de pagos esos meses pasaran a la casilla de deuda por encontrarse pendientes de pago por parte del empleador. Quiero ello decir, que allí el Seguro Social detectó una mora del empleador y por ello, registró en cero el estado de semanas cotizadas; (iii) que entre los meses de enero a octubre de 1999, el empleador realizó sus aportes para cotización sobre la base de un salario mínimo (\$236.400) pagando mensualmente \$15.961, los cuales a su vez fueron registrados bajo la observación de “pago aplicado a periodos anteriores” y el mes supuestamente cotizado quedó en mora y con reporte de cero semanas registradas; y, (iv) durante los meses de noviembre y diciembre de 1999 la accionante figura en la imputación de pagos con un reporte de 4,28 semanas cotizadas, por cuanto el empleador cotizó solo 15 días de cada mes.

Del anterior análisis que relevan las pruebas documentales obrantes en el expediente, la Sala avizora una inexactitud en la historia laboral de la actora. Como se dijo ésta indica que durante el periodo del 1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, la actora cotizó 12,43 semanas, pero del reporte de pagos se desprende que su empleador cotizó correctamente 14,57 semanas (10,29 + 4,28). Sumado a ello, si existía mora en meses anteriores, aparentemente desde marzo de 1998 porque el empleador solo cotizó 15 días, no resulta claro para la Sala a qué meses se imputaron los pagos recibidos desde abril de 1998 hasta octubre de 1999 en procura de incrementar el conteo de semanas, así como tampoco resulta admisible constitucionalmente que dicha mora del empleador o indebida liquidación de los aportes, hoy en día se le oponga a la accionante en detrimento de su aspiración

pensional.

Como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de esta la Corte, la mora del empleador es inoponible al trabajador ya que las consecuencias negativas que ella genera no se le pueden trasladar a la parte débil de la relación laboral, máxime cuando el ISS contaba con las herramientas jurídicas para efectuar el cobro de los aportes adeudados total o parcialmente. En ese sentido, el correcto reporte de semanas para el periodo del 1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, incluyendo los meses y días con supuesta mora, es de 102,86 semanas (51.43 semanas anuales * 2 años de 1998 y 1999).

6.2.2. Ahora bien, frente al periodo correspondiente del 1° de enero al 31 de diciembre de 2000, la Sala observa en la historia laboral de la actora que aparecen reportadas 40,72 semanas, lo cual no coincide con el reporte de imputación de pagos que registra tan solo 38,58 semanas cotizadas. En este punto, importa señalar que según dicho reporte, durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, agosto y octubre de 2000, el empleador solo cotizó 15 días por cada mes, sin que el ISS le hiciera los requerimientos necesarios tendientes a cobrar los aportes faltantes. A pesar de ello, en la carta que el empleador dirigió al ISS el 31 de diciembre de 2009, anexó fotocopia de los pagos de enero a diciembre de 2000 con los cuales demostraba que si cotizó los 30 días por cada mes. De contera que al presentarse esa inconsistencia en la relación de semanas del año 2000, bien por una mora inoponible a la actora o por un error en el registro de los datos que reposan en la historia laboral, lo cierto es que son cargas operacionales o administrativas que no pueden perjudicar a la accionante, siendo el correcto conteo de semanas para su historia laboral el total de 51,43 semanas cotizadas (4,29 mensuales * 12 meses).

6.2.3. En tratándose del segundo periodo que alega el ISS presenta errores en la liquidación de aportes por parte del empleador, esto es, del 1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004, de las pruebas documentales que obran en el expediente la Sala considera lo siguiente:

(i) La historia laboral de la actora indica que en el año 2001 cotizó un total de 27,57 semanas, sin embargo, el reporte de imputación de pagos registra un total de 29,7 semanas cotizadas. Ahora bien, durante ese año, salvo los meses de enero y marzo de 2001, el empleador solo cotizó 15 días por cada mes, lo que se traduce en que incurrió en mora

parcial respecto de los demás meses cotizados. El ISS no requirió al empleador para que efectuara esos pagos, por ende, la mora es inoponible a la actora. Entonces, por ese año las semanas cotizadas a tener en cuenta ascienden a un total de 51,43 semanas.

(ii) La historia laboral de Teresa Polanía registra para el año 2002 un total de 25,71 semanas cotizadas, sin embargo, según la imputación de pagos reporta 25,68 semanas, lo que representa una inexactitud en el registro de las mismas. Analizando el reporte detallado de pagos y semanas cotizadas al ISS, así como la relación de imputación de pagos, la Sala observa que el empleador cotizó los meses del año 2002 sobre el ingreso base de liquidación de \$286.000 (un smlmv), por lo cual los aportes que debía realizar según establecía el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (antes de la modificación que introdujo la Ley 797 de 2003) equivalen al 13.5% del IBC, es decir, debía pagar el empleador la suma mensual de \$38.610; no obstante, durante la mayoría de los meses pagó \$19.305, lo que se traduce en que solo cotizó 15 días por cada mes. Precisamente, ese error en la liquidación de los aportes fue el que motivó que en visita de inspección que el ISS requiriera a la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda para que pagará los faltantes parciales de los aportes que estaban en mora. Esa entidad a través de los comprobantes de pago que anexó en su carta del 31 de diciembre de 2009, demostró que efectuó la cotización completa durante todos los meses del año 2002; es más mediante pagos extra que efectuó el empleador el 30 de agosto de 2004, canceló la diferencia de menos de \$500 que se le exigió. Por consiguiente, el correcto cómputo de semanas cotizadas durante ese año por la actora es de 51,43 semanas.

(iii) Nuevamente, siguiendo de cerca la historia laboral de la actora, durante el año 2003 figuran reportadas 31,14 semanas. No obstante, el certificado de imputación de pagos indica que, teniendo en cuenta la aplicación de correcciones en el pago de aportes que hizo el empleador, el tiempo efectivamente cotizado corresponde a 30,69 semanas para el año 2003. En este caso el ISS realizó la labor tendiente a obtener el recaudo de los aportes adeudos. Sin embargo, en procura de aplicar la información que más beneficie a la actora, se tendrán en cuenta las 31,14 semanas que señala la historia laboral.

6.2.4. Frente a los años 2005 a 2010 no existe ninguna controversia especial en el tema de las semanas cotizadas, ya que tanto en la historia laboral como en la imputación de pagos aparecen cotizadas por ese periodo un total de 308,58 semanas (51,43 anuales * 6 años). Es pertinente advertir que en el expediente no existe prueba sobre las cotizaciones

correspondientes al año 2011 y a lo que va corrido del año 2012.

6.2.5. Evidenciadas las inconsistencias que presenta la historia laboral de la actora, bien porque no se tuvieran en cuenta algunas semanas que estaban en mora o porque la información reportada en la base de datos no era la correcta, el histórico de cotizaciones quedaría integrado así, según interpretó esta Sala de las pruebas aportadas:

PERIODO COTIZADO

NÚMERO DE SEMANAS

01/12/1988 a 31/12/1997

466,29

01/01/1998 a 31/12/1999

102,86

01/01/2000 a 31/12/2000

51,43

01/01/2001 a 31/12/2001

51,43

01/01/2002 a 31/12/2002

51,43

01/01/2003 a 31/12/2003

31,14

01/01/2004 a 31/12/2004

41,15

01/01/2005 a 31/12/2010

308,58

Total semanas cotizadas

1104,31

6.3. Ahora bien, aclarado lo anterior y dando continuidad a la metodología trazada para analizar el caso concreto, la Sala determinara si el ISS vulneró los derechos al debido proceso y al hábeas data que le asisten a la señora Teresa Polanía Dussan.

Para ello, es necesario indicar que la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda radicó dos cartas dirigidas al ISS, una de fecha 31 de diciembre de 2009 y la otra de fecha 23 de febrero de 2011, mediante las cuales puso en evidencia algunas inconsistencias en la historia laboral de su trabajadora, razón por la cual pidió al Instituto que revisara y actualizara la información con el ánimo de corregir el reporte de semanas cotizadas. Así mismo, la accionante el 21 de febrero de 2011 pidió al ISS que corrigiera y actualizara la información consignada en su historia laboral, porque presentaba inexactitudes en el reporte de semanas. A pesar de ello, en ambos casos, no se obtuvo pronunciamiento de fondo por parte del ISS.

En ese sentido, puntualmente haciendo referencia a la petición que radicó la actora, la Sala estima que el ISS lesionó el derecho fundamental al debido proceso de la afiliada porque pretermitió su obligación de verificar si se presentaban inconsistencias e inexactitudes en la historia laboral de ésta, ya que cuenta con la información de primera mano y con las herramientas de juicio necesarias para estudiar el caso de la actora. El no hacerlo devino en la decisión administrativa de negar el derecho pensional por insuficiencia de semanas cotizadas, cuando bastaba verificar y corregir las inconsistencias para que, de esta forma, la accionante pudiera acceder al reconocimiento del derecho pensional previo cumplimiento de los requisitos de ley.

Adicionalmente, el ISS vulneró el derecho fundamental al hábeas data de la accionante, toda vez que ésta solicitó la corrección de los datos personales que eran imprecisos en su historia laboral, pero no obtuvo respuesta alguna. Nótese que la base de datos que maneja la entidad accionada respecto a la historia laboral de sus afiliados, precisamente por consignar datos de

naturaleza personal, debe reportar información cierta, precisa, fidedigna y actualizada. No cumplir ese deber se traduce en una vulneración del derecho fundamental en mención y de otros de naturaleza constitucional, como aconteció en el presente caso.

6.4. Teniendo entonces claro los datos de las semanas cotizadas por la accionante de acuerdo con las pruebas documentales que obran en el expediente, la Sala analizará si Teresa Polanía Dussan cumple con los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.

Para tal efecto, lo primero que se debe analizar es si la actora tiene la condición de beneficiaria del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. La respuesta es afirmativa por cuanto Teresa Polanía Dussan nació el 1° de febrero de 1943, lo que significa que al 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad, requisito que exige para el caso de las mujeres beneficiarias del régimen de transición, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; exactamente la actora tenía 41 años de edad cumplidos. Sin embargo, la Sala observa que de acuerdo con el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no puede aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, excepto en aquellos casos en que el trabajador beneficiario de ese régimen tenga cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de ese Acto Legislativo, es decir, al 22 de julio de 2005. Pues bien, siguiendo el cuadro de semanas cotizadas que elaboró esta Sala de Revisión, desde el 1° diciembre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2004, la accionante cotizó 795,73 semanas, es decir que para el 22 de julio de 2010 ya había superado el mínimo de 750 semanas que exige la excepción planteada en el Acto Legislativo 01 de 2005. Por consiguiente, aún es beneficiaria y se le puede aplicar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que le permite acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros y requisitos del régimen anterior al cual estaba afiliada.

A la accionante, por haber laborado toda su vida en el sector privado, se le aplica el régimen pensional que contempla el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990)³², el cual exige para la pensión de vejez, cumplir los siguientes requisitos: (i) tener 55 años de edad o más en el caso de las mujeres; y, (ii) un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un

número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

En el caso de la accionante, actualmente tiene 69 años de edad cumplidos, es decir, supera el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez. Frente a las semanas cotizadas, un primer supuesto es el de haber cotizado 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima. La actora cumplió los 55 años de edad el 1° de febrero de 1998, y desde esta fecha mirada en retrospectiva hasta el 1° de febrero de 1978, cotizó aproximadamente 470 semanas, por lo cual no cumple el parámetro legal. No obstante, el segundo supuesto normativo contempla la posibilidad de disfrutar la pensión de vejez si el afiliado cotizó un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo, requisito que cumple la accionante porque hasta el 31 de diciembre de 2010 registra 1104 semanas cotizadas.

Entonces, a título de conclusión, la actora tiene derecho a la pensión de vejez bajo los parámetros que establece el Acuerdo 049 de 1990, porque tiene más de 55 años de edad y 1100 semanas cotizadas en cualquier tiempo.

6.5. En este orden de ideas, atendiendo a la anterior conclusión, esta Corporación revocará el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, dentro del trámite de la acción de tutela que interpuso Teresa Polanía Dussan contra el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca y Bogotá DC. En su lugar, concederá el amparo a los derechos fundamentales de debido proceso, hábeas data y seguridad social; y, en consecuencia ordenará al Instituto accionado que proceda a corregir la historia laboral de la actora y que expida el acto administrativo mediante el cual reconozca la pensión de vejez a la cual tiene derecho Teresa Polanía Dussan, según fue explicado a lo largo de este proveído.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión proferida el 13 de diciembre de 2011, por el Juzgado Treinta y

Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, dentro del trámite de la acción de tutela interpuesta por Teresa Polanía Dussan contra el Instituto de Seguros – Sociales Seccional Cundinamarca y Bogotá DC. En su lugar, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, al hábeas data y a la seguridad social, de la señora Teresa Polanía Dussan.

Segundo.- ORDENAR al representante legal del Instituto de Seguro Social, Seccional Cundinamarca y Bogotá, o a quien haga sus veces que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe la corrección y actualización de la historia laboral de la señora Teresa Polanía Dussan, conforme se explicó en la parte motiva de este proveído.

Tercero.- ORDENAR al representante legal del Instituto de Seguro Social, Seccional Cundinamarca y Bogotá, o a quien haga sus veces que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, efectúe el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez a que tiene derecho Teresa Polanía Dussan. Así mismo, deberá reportar su caso para incluirla en la nómina de pensionados correspondientes.

Cuarto.- ORDENAR que por Secretaria General de la Corte se remita el expediente al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, quien se encargará de vigilar el cumplimiento de la sentencia.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cfr. folio 4 del cuaderno 1.

2 Cfr. folios 9 y 10 del cuaderno 2.

3 A folios 7 a 9 del cuaderno principal, se observa copia de la carta que el Gerente de la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda remitió al Instituto de Seguros Sociales el 31 de diciembre de 2009, anexando la información respectiva para que se procediera a corregir las inconsistencias presentadas en la historia laboral de la actora. Para ello, presentó una relación o detalle de los pagos que efectuó desde 1995 por aportes a pensión de la señora Teresa Polanía Dussan, toda vez que “se equivoca porque figura en el año 1996 ‘algunas deudas presuntas y pagos aplicados a periodos posteriores’”, y en 1998 y 1999 ‘pagos aplicados a periodos anteriores’, y un pago en 2001 ‘en proceso de verificación’. Así mismo, presentó la relación de las planillas de corrección de aportes, las cuales suman un total de \$840.276, oo que fueron pagados con ocasión de la visita de asesoría y fiscalización que hiciera el Departamento Financiero del Instituto de Seguros Sociales en el año 2004. En otra carta de fecha 23 de febrero de 2011 y que obra a folios 10 a 12 del mismo cuaderno, el Gerente de la empresa JAS Jiménez Asociados Ltda informó al Instituto de Seguros Sociales, que según el resumen de semanas cotizadas por la actora y el reporte de imputación de pagos desde enero de 1995, figuran menos semanas computadas de las que efectivamente habían cotizado y pagado por la trabajadora. Por ello procedieron a enunciar los errores que presenta la historia laboral.

4 Cfr. folio 13 del cuaderno principal.

5 Cfr. folios 27 a 29 del cuaderno 1.

6 Sentencias T-771 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y T-921 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), entre otras.

7 Sentencia T-011 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

8 Sentencias T-640 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y T-573 de 2009 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

9 Sentencia T-362 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo).

11 Sentencias T-083 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil) y T-487 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

12 En ese sentido, la sentencia T-897 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), señaló que “ha de demostrarse que el perjuicio afecta o coloca en inminente y grave riesgo derechos fundamentales de especial magnitud como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la vida y el mínimo vital, a tal punto que la insuperable demora de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo deprecado, lo cual conlleva que la acción de tutela desplace el mecanismo ordinario de defensa, al no resultar eficaz en tal medida y oportunidad frente a las circunstancias particulares del actor, por lo cual tampoco procederá como medio transitorio sino definitivo”. Así mismo, la sentencia T-180 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) indica que “...la acción de tutela resulta procedente siempre que se demuestre la ineficacia de dichos medios ordinarios para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, para lo cual debe valorarse cada caso en particular, dando un tratamiento especial a los sujetos de especial protección constitucional, debido a que para ellos se exige un juicio de procedibilidad menos riguroso y estricto”.

13 Las sentencias T-923 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo) y T-631 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), indican en uno de sus pie de página que: “[l]a acción de tutela procede cuando el juez constitucional llegue a la convicción que es necesario brindar una protección urgente e inmediata que no es posible lograr a través del mecanismo ordinario de defensa. De igual manera se exige la acreditación del perjuicio irremediable. Ahora bien, entre los factores de ponderación a ser analizados por el juez constitucional están entre otros: (i) La edad para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) La condición física, económica o mental; (iii) El grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iv) La existencia previa del derecho y la acreditación por parte del interesado de la presunta afectación; (v) El despliegue de cierta actividad administrativa

y procesal tendiente a obtener la protección de sus derechos”.

14 El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 2 de octubre de 2008 (Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren), precisó que la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho no caduca cuando cuestiona decisiones administrativas que comprometen prestaciones periódicas o que tengan relación directa con temas pensionales, por cuanto se trata de derechos imprescriptibles e irrenunciables. Concretamente señaló que “la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, sino que igualmente comprende a los que las niegan. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares”. Esta línea argumentativa se ha mantenido vigente y es plenamente aplicable en la jurisdicción contencioso administrativa.

15 Esta sentencia cuenta con un salvamento de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, quien adujo que en el caso concreto no procedía la acción de tutela porque a partir de indicios revelados en el expediente, no era dable al juez de tutela determinar el cumplimiento de los requisitos que establece el Acuerdo 049 de 1990, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez.

16 Sobre el tema, se pueden consultar las sentencia T-214 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-656 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-855 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

17 Ver sentencias T-317 de 2004 (MP Manuel José Cepeda), T-718 de 2005 (Marco Gerardo Monroy Cabra), T-599 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-771 de 2009 (MP Humberto

Antonio Sierra Porto), entre otras.

18 Sentencia T-847 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

19 En efecto, el artículo 1° de la Ley 1266 de 2008 estatuye: “OBJETO. La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política, así como el derecho a la información establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países”. (Negrilla fuera del texto original).

20 Esta información se extrae del comunicado de prensa No. 40 del 5 de octubre de 2011 proferido por la Corte Constitucional, por cuanto a la fecha no se ha publicado la sentencia C-748 de 2011.

21 Concretamente señala que “(i) la información contenida en estas bases de datos [refiriéndose a la historia laboral] constituye la referencia para determinar ciertos derechos concedidos por el legislador a los trabajadores. Por ejemplo, dichos datos determinarían el monto de la liquidación a la que tiene derecho el trabajador al momento de finalizar su contrato laboral, o el monto de la indemnización por despido sin justa causa en el caso de presentarse; y (ii) ciertos errores contenidos en la historia laboral de un trabajador, podrían desconocer otros derechos fundamentales reconocidos por la Carta. Así, en el caso en que se registre equívocamente un llamado de atención en la hoja de vida del trabajador y no se proceda a su corrección, podría vulnerarse su derecho al buen nombre. En este punto, la Sala resalta que, específicamente en materia de información laboral, la información debe ser precisa, clara, detallada, comprensible y oportuna, a fin de que, de un lado, el trabajador pueda reclamar los derechos que le asisten, y, del otro, se protejan en su integridad los demás derechos fundamentales de los que son titulares”.

22 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-702 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-1203 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

23 Sentencias C-177 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-075 de 2009 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-387 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

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

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

26 En esa oportunidad la Corte estudió el caso de una señora que solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero que le fue negada por cuanto no cumplía las semanas de cotización por “períodos mal pagos y por mora en el pago”. Aplicando la regla jurisprudencial de inoponibilidad de la mora del empleador en el pago de cotizaciones, esta Corporación concedió el amparo porque teniendo en cuenta las semanas que dejó de cotizar el empleador, cumplía todos los requisitos de ley para acceder a la pensión.

27 En esa ocasión la Corte estudió el caso de un ciudadano que mediante proceso ordinario laboral obtuvo la declaración del vínculo contractual que lo unía laboralmente a un parroquia, la cual no cotizó para el riesgo de vejez aun cuando el fallo judicial se lo ordenaba. En el caso se concedió el amparo por cuanto la mora patronal no es óbice para que el ISS se hubiese negado el reconocimiento de la pensión de vejez, ya que de tener en cuenta las semanas que no había contabilizado por la supuesta mora del empleador, el accionante cumplía con los requisitos legales para acceder a la prestación periódica.

28 Ver entre otras, las sentencias SU-430 de 1998 (MP Vladimiro Naranjo Mesa) y T-043 de 2007 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

29 En esa oportunidad la Corte estudió el caso de un ciudadano de 68 años de edad, quien luego de cotizar toda su vida al Seguros Social, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez por cumplir los requisitos legales para acceder a la misma. El Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de tal pensión, por cuanto existió un periodo del 30 de noviembre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1994, en el cual su empleador incurrió en mora y aquel no adelantó el proceso en búsqueda del pago respectivo. Esta Corporación concedió el amparo de los derechos a la seguridad social y mínimo vital del actor, ordenando al Instituto accionado que emitiera el acto administrativo tendiente a reconocer y pagar la pensión de vejez al accionante porque la mora patronal en ese caso es inoponible al trabajador.

30 En este caso, como ya se indicó en la consideración 4.2 de este proveído, la Corte estudió el caso de una señora de 74 años de edad que presentaba inconsistencias en su historia laboral, en la cual no se reportaban varios periodos que su empleador había cotizado. Adicionalmente, tampoco se le tuvo en cuenta otro periodo porque el empleador estaba en mora. Frente al tema de la mora por parte del empleador en el pago de aportes al sistema de seguridad social, la Corte señaló que las consecuencias negativas de tal actuar y de la mora misma, no deben ser asumidas por el empleado. En este orden de ideas, concedió el amparo y ordenó al ISS que expidiera la resolución reconocimiento la pensión de vejez a la actora.

31 En esta sentencia la Corte se ocupó del caso de un ciudadano que interpuso tutela contra el Instituto de Seguros Sociales con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por dicha entidad al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez con el argumento de que no cumplía con la totalidad de las cotizaciones establecidas en la Ley 71 de 1988 para la referida prestación, lo anterior, sin tener en cuenta los aportes adeudados por su empleador durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1984 y el 1° de enero de 1987. La Corte sostuvo que la mora patronal es inoponible al trabajador y, en ese sentido, concedió el amparo ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de vejez como mecanismo definitivo, ante el cumplimiento de los requisitos de ley por parte del actor para acceder a dicha pensión.

32 El artículo 1°, numeral 1°, literal a) del Acuerdo 049 de 1990, establece la afiliación obligatoria para los trabajadores oficiales y extranjeros que presten sus servicios a

empleadores particulares mediante contrato de trabajo. En ese sentido, el régimen pensional que establece ese mismo Acuerdo, le es aplicable.