

SENTENCIA T-518/10

(Junio 21; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA Y VICIO DE TEMERIDAD-Caso en que no se configura temeridad por cuanto no se percibe mala fe por parte del accionante

Es claro que esa reiteración en la solicitud de amparo, proveniente del mismo actor, por los mismos hechos, y en protección de los mismos derechos fundamentales, se encuentra plenamente justificada y por lo tanto no hay lugar a declarar la improcedencia de esta segunda acción de tutela invocando el argumento de la temeridad, pues la Sala no percibe mala fe por parte del accionante, en la medida en que legítimamente siente que continúan vulnerados sus derechos y en la primera tutela no se estudió el fondo de su caso. La Sala encuentra que en el presente caso no se dan los requisitos jurisprudencialmente establecidos para decretar la ocurrencia del vicio de temeridad que impida conocer el fondo del asunto, pues no hay ni deslealtad, ni abuso del derecho, ni intención de asaltar la buena fe de la justicia.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Reiteración de jurisprudencia sobre su procedencia en circunstancias excepcionales

PENSION DE VEJEZ-Mora en pago de cotizaciones por parte del empleador o problemas interadministrativos entre éste y la entidad administradora de pensiones no pueden ser invocadas como causales para negar su reconocimiento

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Caso en que procede de manera transitoria para evitar perjuicio irremediable/ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ-Procede protección constitucional por cuanto el actor fue víctima de un problema interadministrativo que no tiene el deber de soportar

PENSION DE VEJEZ-Orden al ISS de pagar la pensión de vejez de manera transitoria/PENSION DE VEJEZ-El actor deberá interponer demanda laboral ordinaria para reclamar con carácter definitivo el reconocimiento y pago

Referencia: expediente T-2.548.769

Accionante: José Domingo Mendoza Padilla

Accionado: Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.)

Fallos objeto de Revisión: Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, el 3 de noviembre de 2009, y sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, el 16 de diciembre de 2009.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

1. Demanda y pretensión.

José Domingo Mendoza Padilla, por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela el 16 de octubre de 2009 contra el Instituto de Seguros Sociales, por las razones y con los fundamentos que se resumen a continuación.

- Derechos fundamentales cuya protección se invoca: Igualdad, debido proceso, trato digno, pago oportuno, trabajo, mínimo vital.

- Conductas que causan la vulneración: La resolución 04178 del 7 de marzo de 2008, proferida por la Asesora VI de la Vicepresidencia de Pensiones del I.S.S., en la cual se negó pensión de jubilación y pensión de vejez al accionante, y la resolución 3855 del 28 de noviembre de 2008, proferida por el Asesor II de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del mismo Instituto, en la cual, al resolver el recurso de apelación, se confirmó la Resolución 04178.

- Pretensión. Pide el accionante que se ordene al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de su pensión de vejez, al tenor de la Ley 100 de 1993, por encontrarse en situación de indefensión y reunir cada uno de los requisitos propios para dicho estatus. Pide,

además, que el pago y reconocimiento de la pensión de vejez sea retroactivo desde el momento en que se notificó de su desvinculación al cargo público que venía desempeñando, y que se reliquiden los factores salariales a que haya lugar.

1. Fundamento de la pretensión.

El accionante estuvo vinculado laboralmente con la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, desempeñando el cargo de auxiliar administrativo – celador al servicio del municipio, hasta el año 2006, cuando cumplió 65 años de edad, razón por la cual fue desvinculado mediante la figura de retiro forzoso.

Desde 1957 hasta 1995, según el historial laboral ante el I.S.S., el accionante cotizó de manera intermitente a distintas entidades de previsión social.

Entre 1995 y 2006, fecha de su desvinculación, el accionante estuvo vinculado laboralmente con la Secretaría de Educación de Sincelejo y, según afirma en el escrito de tutela, estuvo “cotizando al sistema de seguridad social como administrativo de esta dependencia”. Sostiene que desde el año de 1995 hasta el 28 de septiembre de 2006, a su poderdante se le venían haciendo los descuentos en su desprendible de pago, dirigidos como aportes de pensión y salud, al I.S.S.. Considera que en el Instituto de Seguros Sociales deben figurar, dentro de su historia laboral, los aportes efectuados.

Afirma en el escrito de tutela que en la Resolución 3855 de noviembre de 2008, por medio de la cual el I.S.S. confirmó en apelación la resolución que negaba su solicitud de pensión, no se relacionó el tiempo cotizado entre 1995 y 2006, “años en los cuales aparece una relación de las novedades sistema de autoliquidación de aportes mensuales emitidas por el I.S.S.”.

Considera que compete al I.S.S. hacer reconocimiento de su pensión de vejez, toda vez que fue ante éste que se reportaron los aportes patronales y los descuentos para pensión.

Según el solicitante, el I.S.S. argumenta, para negar el reconocimiento de la pensión, que si bien el accionante tiene una vinculación con el I.S.S., el Municipio de Sincelejo, como patrón, no ha efectuado todos los aportes que le permitan reunir el estatus de pensionado.

Afirma el accionante: “El Municipio de Sincelejo certificó a través de su oficina de recursos humanos no tener deuda pendiente por concepto de aportes al sistema de seguridad en pensiones con el I.S.S., en los períodos comprendidos entre los años 1995 – 2003, períodos en los cuales el I.S.S. no registra los aportes correspondientes dentro de su historia laboral”. Dice que incluso en el año de su retiro, 2006, fue beneficiario del proceso de homologación y nivelación salarial de la Secretaría de Educación de Sincelejo, por lo cual recibió una suma que reconocía la retroactividad del aumento de su sueldo básico.

Resalta en su escrito de tutela su condición de persona de la tercera edad, y sus problemas de salud. Considera que ha sido víctima de un problema interadministrativo, del cual él ha salido injustamente perjudicado. Señala que en casos similares, el I.S.S ha tenido que reconocer pensiones, y por tanto debe aplicarse el principio de igualdad.

Finalmente, explica el accionante que el 9 de julio de 2009 interpuso una primera acción de tutela contra el I.S.S., la cual fue fallada favorablemente por el Juzgado Tercero Administrativo de Sincelejo, pero revocada por el Tribunal Administrativo de Sucre, en fallo del 3 de septiembre de 2009, por cuanto en el expediente no se encontraba copia completa de la resolución del I.S.S. que le negó el derecho a la pensión. Afirma que ese documento, y todas las demás pruebas, obraban en el expediente que reposa en el archivo del Juzgado Tercero Administrativo, y que por tanto “hubo una falla en el trámite de traslado al Tribunal para efectos de surtir la segunda instancia. Lo que imposibilitó al juez de segunda instancia formar un juicio claro y cierto de los hechos, dando como resultado la revocación de la sentencia de primera instancia y la vulneración...” de sus derechos fundamentales. Manifiesta bajo juramento que en efecto presentó dicha tutela el 9 de julio de 2009, pero que la intención de esta nueva tutela “es la de presentar nuevas pruebas y hechos que permitan formar un juicio cierto y claro de los hechos”, que evite un perjuicio irremediable.

1. Respuesta de la entidad accionada.

No aparece en el expediente intervención alguna del Instituto de Seguros Sociales en el trámite de la acción de tutela cuyos fallos se revisan en la presente providencia.

1. Decisiones de tutela objeto de revisión.

1. Sentencia de primera instancia proferida el 3 de noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo.

Se declaró la improcedencia de la tutela, por cuanto consideró el Despacho que el accionante cuenta con la posibilidad de acudir al proceso laboral ordinario correspondiente para hacer su reclamo pensional. Adicionalmente, el Despacho constató que ya el asunto se había dilucidado en trámite anterior de tutela, que se originaba en las mismas pretensiones y con los mismos elementos probatorios. En tercer lugar, si la desvinculación laboral ocurrió en el 2006, el Juez consideró que no se satisface el criterio de inmediatez que la jurisprudencia constitucional exige para la procedencia de la tutela, toda vez que ésta se presentó en octubre de 2009.

El fallador de segunda instancia confirmó íntegramente la decisión de primera instancia, por considerar que si bien no hay mala fe que dé lugar a sanción, sí se dan los elementos para estimar que la acción es temeraria, por cuanto entre la tutela anteriormente presentada por el accionante y ésta, hay identidad de partes, causa petendi y objeto. Adicionalmente, el Tribunal consideró que esta acción constituía una tutela contra otra tutela, lo cual la hace improcedente. La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para debatir las irregularidades en que haya podido incurrir un juez de tutela, pues para ello existe el mecanismo de la revisión eventual ante la Corte Constitucional.

I. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección Número Dos del 26 de febrero de 2010.

1. Procedencia de la tutela.

Los dos falladores de instancia se abstuvieron, por distintos motivos, de estudiar desde un punto de vista sustancial las pretensiones planteadas por el accionante, por cuanto consideraron que la tutela era improcedente. Para el juez de primera instancia, existe un mecanismo judicial –el proceso laboral ordinario–, que hace improcedente la tutela, hubo además temeridad, y no se satisface el requisito de inmediatez, dado el tiempo transcurrido entre la desvinculación laboral y la interposición de la tutela. Por su parte, el Tribunal que conoció de la impugnación también invocó el argumento de la temeridad, pero agregó que, a su juicio, esta acción de tutela se dirigía en realidad contra fallos anteriores, también de tutela, lo cual la hacía improcedente.

Para la Sala, ninguno de estos argumentos procesales es de recibo, por las razones que se explican brevemente a continuación.

1. No hay temeridad en la acción de tutela.

Dice el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, que “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

En el presente caso, la Sala encuentra que hay coincidencia entre la acción de tutela cuyos fallos ahora se revisan, presentada el 16 de octubre de 2009, y una anterior, presentada el 9 de julio de 2009, pues en ambos casos la solicitud de protección, pedida por el mismo actor, se origina en la negativa del Instituto del Seguros Sociales a reconocerle su pensión de vejez.

No obstante, es claro que esa reiteración en la solicitud de amparo, proveniente del mismo actor, por los mismos hechos, y en protección de los mismos derechos fundamentales, se encuentra plenamente justificada y por lo tanto no hay lugar a declarar la improcedencia de esta segunda acción de tutela invocando el argumento de la temeridad, pues la Sala no percibe mala fe por parte del accionante, en la medida en que legítimamente siente que continúan vulnerados sus derechos y en la primera tutela no se estudió el fondo de su caso. En casos similares, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte en afirmar que:

“En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido que, en los casos en que se formule más de una acción de tutela con coincidencia de partes, hechos y pretensiones, el juez puede considerarla temeraria siempre que observe que dicha actuación:

(ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable...;

(iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción...; o

(iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia....

Además, la Corte ha establecido que aun en los eventos en que se presente la identidad de partes, hechos y pretensiones, es posible concluir que la actuación no es temeraria, entre otros, en los casos que a continuación se señalan:

Esta Corporación ha señalado algunos casos en que a pesar de existir la triple identidad en los asuntos no se configura la actuación temeraria toda vez que se funda i) en las condiciones del actor que lo coloca en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos, ii) en el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho, iii) en nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos, y iv) en la presentación de una nueva acción ante la existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional; ...Cuando el actor] en sus actuaciones siempre puso de presente a los jueces de tutela la previa existencia de una demanda de igual naturaleza...”¹

La Sala encuentra que en el presente caso no se dan los requisitos jurisprudencialmente establecidos para decretar la ocurrencia del vicio de temeridad que impida conocer el fondo del asunto, pues no hay ni deslealtad, ni abuso del derecho, ni intención de asaltar la buena fe de la justicia.

1. La presente acción de tutela satisface el requisito de inmediatez.

A juicio del fallador de primera instancia en el trámite de tutela que ahora se revisa -Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo-, el actor dejó pasar un término demasiado amplio para interponer la acción de tutela, con lo que se desnaturalizó la existencia de una vulneración grave de los derechos fundamentales. En su opinión, si el actor fue desvinculado en 2006, “resulta muy extensivo el lapso de tiempo entre la desvinculación laboral que se diera del accionante, con la iniciativa de proceder a la reclamación de los derechos mediante tutela”.

La acción de tutela se presentó el 16 de octubre de 2009. Por los mismos hechos, el actor ya había presentado una tutela el 9 de julio de 2009, la cual, como se explicó en el acápite anterior, no fue debidamente tramitada en segunda instancia, y por lo tanto no puede invocarse para rechazar la segunda tutela, pero si debe ser tenida en cuenta para efectos de determinar si el actor actuó con diligencia en la defensa de los derechos que supone vulnerados.

El error que comete el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo consiste en tomar como punto de partida para determinar el cumplimiento o no del principio de inmediatez, la fecha en la que el actor fue desvinculado laboralmente. Pero es claro que ese acto de desvinculación, decidido por la Secretaría de Educación de Sincelejo, no es objeto de ningún reproche por parte del actor. El origen de la presunta vulneración de los derechos fundamentales es la decisión del I.S.S. de negarle el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, decisión que quedó en firme con posterioridad al 28 de noviembre de 2008, fecha en la cual se profirió la Resolución 3855, que resolvió el recurso de apelación en vía gubernativa. El número de meses transcurridos entre esa fecha y la interposición de la primera tutela –julio de 2009–, constituyen un lapso razonable, no excesivo, que permite a la Sala afirmar que no hubo violación al principio de inmediatez que es propio de la acción de tutela. Más aun si se tiene en cuenta la complejidad documental que normalmente acompaña las discusiones sobre el derecho pensional.

1. La presente acción de tutela no se dirige contra fallos de tutela.

El fallador de segunda instancia en la presente acción de tutela –Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo– incurre en una contradicción insalvable. Por un lado, afirma que se configura el fenómeno de la temeridad, que hace improcedente la acción de tutela (En el acápite 2.1 se explicaron las razones por las cuales la interposición de la presente acción de tutela no es temeraria); pero, a renglón seguido, argumenta que no es procedente la tutela porque ella va dirigida contra fallos de tutela anteriores.

Ambas razones no pueden ser válidas simultáneamente. Si la primera tutela, que se dirigía contra el Instituto del Seguros Sociales por negar el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación y de vejez, es idéntica a la segunda tutela, y por tanto ésta última es temeraria y consecuentemente improcedente, no tiene sentido afirmar, respecto de la misma tutela, que ella se dirige contra fallos anteriores de tutela, porque en tal caso, no sería idéntica a la primera.

A juicio de la Sala, la verdad procesal es muy distinta a la percibida contradictoriamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo. La segunda tutela, presentada el 16 de octubre de 2009, cuyos fallos se revisan en la presente providencia, es en esencia idéntica a

la tutela interpuesta por el mismo ciudadano el 9 de julio de 2009. Por las razones ya explicadas, la segunda tutela no es temeraria, y por tanto no es improcedente por ese motivo, pero ello no la convierte en una tutela contra los fallos que resolvieron la primera de las solicitudes de amparo. El segundo escrito de tutela es explícito en afirmar que la solicitud se dirige contra el I.S.S., por motivos similares a los señalados en la primera tutela, y de hecho, reconoce expresamente la existencia de ese trámite de amparo anterior, pero en ninguna parte se afirma que la segunda solicitud se encamine contra fallos judiciales, y mucho menos contra los fallos que resolvieron la primera solicitud de tutela.

1. Existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

La posible existencia de otro mecanismo de defensa judicial como argumento para desestimar por improcedente la presente acción de tutela es asunto que obliga a la Sala a examinar de fondo las circunstancias fácticas que rodean la solicitud de amparo, y por la tanto será analizada en el siguiente acápite.

1. Análisis del caso concreto.

1. Problema jurídico.

Resueltas las cuestiones procesales que sin fundamento llevaron a los jueces de instancia a declarar improcedente la tutela, la Sala pasará a examinar si en el presente caso se ha presentado o no una vulneración al derecho al mínimo vital del accionante por parte del Instituto de Seguros Sociales, y en el evento de que la respuesta sea afirmativa, se analizará la procedencia de la tutela para remediar la violación de ese derecho fundamental.

1. La procedencia de la tutela para el reconocimiento y pago de pensiones de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

Ha sido reiterada y unánime la regla jurisprudencial según la cual la acción de tutela no es, en principio, el mecanismo pertinente para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones de vejez. Dado el carácter residual y sumario de la acción de tutela, y la existencia de mecanismos judiciales explícitamente diseñados para ese efecto, con espacios probatorios y de controversia adecuados a la complejidad que normalmente acompaña las discusiones sobre el reconocimiento de un derecho pensional, la acción de tutela no es, por regla general, el camino procesal constitucionalmente válido para conseguir el reconocimiento judicial de ese derecho.

Sin embargo, la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela para solicitar por vía judicial el reconocimiento y pago de pensiones de vejez, en ciertas circunstancias excepcionales, que han sido explicadas de la siguiente manera:

“..la regla que restringe la protección de los derechos de carácter prestacional por vía de tutela, admite excepciones y procede su reconocimiento por el juez constitucional como mecanismo transitorio, caso en el cual debe acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable o cuando la acción judicial ordinaria resulta ineficaz para otorgar una protección inmediata, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso.

Esta Corporación ha trazado una línea jurisprudencial sobre la valoración de la eficacia del medio judicial, en el sentido que debe poseer al menos la misma fuerza que por su naturaleza tiene la acción de tutela en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales.

Podemos concluir entonces, que esta Corporación ha señalado la protección excepcional del derecho a la pensión de dos formas (i) de manera definitiva y (ii) de manera transitoria como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable, señalando los presupuestos que se deben cumplir para tener derecho a uno u otro conforme al artículo 86 de la Constitución.

Para la garantía definitiva del reconocimiento a la pensión de jubilación o vejez por tutela, esta Corporación ha señalado los siguientes: (i) no existencia de mecanismos de defensa judiciales o acreditación de la falta de idoneidad y eficacia de los mismos; (ii) se esté ante sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad o en circunstancias de debilidad manifiesta o en condiciones de vulnerabilidad; (iii) se afecten derechos fundamentales, en particular el mínimo vital, o se estructure una vía de hecho³; (iv)

se hubiere desplegado cierta actividad administrativa o judicial o resultare imposible hacerlo por motivos ajenos al peticionario, y (v) el no reconocimiento se motive en una actuación claramente ilegal o inconstitucional o que desvirtúe en principio la presunción de legalidad.⁴

En cuanto a la protección transitoria,⁵ se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) acreditar la ineficacia del medio de defensa judicial; (ii) se esté frente a sujetos de especial protección constitucional como las personas de la tercera edad o en circunstancias de debilidad manifiesta o en condiciones de vulnerabilidad; (iii) afectación de derechos fundamentales como la subsistencia digna, el mínimo vital y la salud o actos constitutivos de vías de hecho; (iv) la actuación es claramente ilegal o inconstitucional o desvirtúe en principio la presunción de legalidad; (v) desplegar un mínimo de actividad administrativa o judicial o fuere imposible hacerlo por motivos ajenos al peticionario; y (v) acreditar los presupuestos del perjuicio irremediable como son la inminencia, la gravedad, la urgencia e impostergabilidad de la acción⁶.⁷

1. Las pruebas obrantes en el expediente

Del acervo probatorio que reposa en el expediente, la Sala encuentra pertinente destacar los siguientes elementos:

-Como ya se explicó, el Instituto de Seguros Sociales dio por probados 3.742 días de cotización a entidades previsionales distintas al I.S.S. La fecha de la última cotización corresponde al 30 de junio de 1995. Adicionalmente, dio por probados 215 días de cotizaciones al I.S.S., para un total de 3.957 días cotizados al sistema, insuficientes para dar por cumplidos los requisitos propios del régimen de transición del cual es beneficiario el actor. Todo lo cual se desprende de copia de la Resolución 3855 del 28 de noviembre de 2008, en la cual el I.S.S confirmó la negativa a reconocer la pensión de vejez del actor.

-Según certificación expedida por el responsable de archivo de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, con fecha 28 de enero de 2009, el actor “prestó sus servicios al Magisterio Oficial del Municipio de Sincelejo, en virtud de los siguientes actos administrativos: Nombrado en propiedad con el cargo de Celador de Seguridad, prestando sus servicios desde

la fecha en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN de Sincelejo, mediante Decreto No. 111 del 23 de mayo de 1994 expedido por la Alcaldía de Sincelejo. Tomó posesión el 23 de mayo de 1994. Cargo que desempeñó desde el 23 de mayo de 1994 hasta el 27 de septiembre de 2006. Aplicado el Retiro Forzoso a partir del 28 de septiembre de 2006, del cargo que ocupaba como Auxiliar Administrativo, Celador, Código 615, Grado 05, en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN de Sincelejo, mediante Resolución 4598, 28 de septiembre de 2006, expedida por la Alcaldía de Sincelejo.”⁸

- Por su parte, el Secretario General del Municipio de Sincelejo expidió el 5 de octubre de 2006 una certificación que textualmente dice lo siguiente:

“Que el señor JOSÉ DOMINGO MENDOZA PADILLA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 978.501 expedida en Sincelejo, Sucre, prestó sus servicios al Municipio de Sincelejo en los siguiente cargo (sic):

GUARDIAN DE LA CÁRCEL MUNICIPAL, en el tiempo comprendido desde el 15 de enero de 1979, según acta de posesión, hasta el 15 de diciembre de 1981, según Decreto No. 243.

AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES DEL CONCEJO MUNICIPAL, en el tiempo comprendido desde el 10 de mayo de 1989, según acta de posesión, hasta el 23 de febrero de 1990, según resolución No. 004.

CELADOR DE LA SECCIÓN DE SEGURIDAD, en el tiempo comprendido desde el 24 de mayo de 1994, según acta de posesión No. 1786, hasta el 30 de junio de 2002, devengando los siguientes sueldos:

(Aquí se acompaña una tabla con los sueldos correspondientes a los años 1979, 1980, 1981, 1989, 1990, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002)...

Este certificado se expide a solicitud del interesado.

Cotizó hasta el 31 de diciembre de 1995 en la Caja de Previsión Municipal”.

-El 20 de marzo de 2009, el Jefe de la Oficina de Recurso Humano del Municipio de Sincelejo certificó, en oficio dirigido al accionante, que “el Municipio de Sincelejo NO TIENE DEUDA PENDIENTE por concepto de aportes correspondientes al sistema de seguridad en pensiones

con el Instituto Colombiano del Seguro Social –I.S.S.- , por el período comprendido entre los años 1995 -2003, pues estos fueron cancelados en su totalidad según acuerdo de pago 085 de fecha 03 de 2004”.

-Finalmente, obra en el expediente un listado, fechado el 16 de febrero de 2009, impreso en papelería del Seguro Social, bajo el título “Relación de novedades Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual –Pensión. Informativo- No válido para prestaciones económicas”. En él aparece que a nombre de “Mendoza José”, con cédula de ciudadanía 978501, se hicieron cotizaciones al Seguro Social, desde el 5 de mayo de 2005, hasta el 6 de marzo de 2007. La lista no es en estricto orden cronológico, pues antes del final aparecen también relacionados pagos correspondientes a 2002 y 2003. Además, hay varios pagos correspondientes a la misma fecha, aunque cada pago responde a un “ciclo” y a una “referencia” distinta. Así, por ejemplo, con fecha “2005/05/05” aparecen cinco pagos distintos, cada uno con un número de ciclo y de referencia particular, y con fecha “2005/07/29”, aparecen 12 pagos diferentes. En total, aparecen enunciados 98 pagos. A la derecha de cada pago se señala el salario, el ingreso base de cotización, la tarifa y la cotización. Sobre las tarifas, la Sala detecta la siguiente curiosidad: en mayo de 2005 es del 12.5%, y desde julio de ese año es del 13.5%. A los pocos pagos de 2002 y 2003 que aparecen relacionados también les aplican la tarifa del 13.5%. En tres pagos del 2006 y del 2007, la tarifa es del 15.5%.

1. Aplicación de la jurisprudencia sobre procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de pensiones de vejez al caso concreto.

La Sala considera que en el presente caso es procedente conceder el amparo solicitado, como mecanismo transitorio, por las razones que pasan brevemente a explicarse:

En primer lugar, el accionante es una persona de la tercera edad, sujeto de una especial protección constitucional. El actor nació el 4 de febrero de 1937, y por lo tanto, tiene más de 73 años de edad. Esta edad lo pone en un rango etario que amerita especial protección constitucional. A todo lo cual se agrega que es evidente que el actor se encuentra en circunstancias especiales de vulnerabilidad, pues cesó de trabajar hace cuatro años, y la negativa al reconocimiento de su pensión ha comprometido su mínimo vital. Está claro que se trataba de un trabajador con ingresos equivalentes al salario mínimo, y en el expediente

obran pruebas sobre su condición médica, en la que se destaca el hecho de que padece de hipertensión arterial. Las afirmaciones sobre su precaria condición económica, contenidas en el escrito de tutela, no fueron desvirtuadas o controvertidas durante el trámite de la misma, y por tanto se tienen por ciertas, según lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

De otra parte, existe en el expediente un documento cuya validez y autenticidad no han sido desvirtuadas durante el trámite de la presente acción de tutela. Se trata de Resolución 4598 del 28 de septiembre de 2006, por la cual la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Sincelejo retiró al accionante del cargo de Auxiliar Administrativo Celador, código 615, grado 05, en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen, por haber cumplido la edad de sesenta y cinco años. La resolución, que según su artículo quinto, rige a partir de la fecha de su expedición, demuestra que para la entidad empleadora, esto es, el Municipio de Sincelejo, el accionante prestó sus servicios hasta el 28 de septiembre de 2006.

¿Desde cuando estuvo el actor vinculado a la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo? En el expediente hay dos documentos que permiten responder esa pregunta:

i. Por un lado, la certificación expedida el 28 de enero de 2009 por parte del Responsable de Archivo de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, en la que se afirma que el solicitante fue nombrado en propiedad, con el cargo de celador de seguridad “prestando sus servicios desde la fecha en la Institución Educativa Nuestra Señora del Carmen de Sincelejo, mediante Decreto No 111 del 23 de mayo de 1994 expedido por la Alcaldía de Sincelejo. Tomó posesión el 23 de mayo de 1994”. En esta certificación se reitera que la fecha de retiro fue el 28 de septiembre de 2006.

i. Por otro lado, se encuentra en el expediente la certificación expedida el 5 de octubre de 2006, firmada por el Secretario General del Municipio de Sincelejo, según la cual el actor había prestado servicios al Municipio entre enero de 1979 y diciembre de 1981, entre mayo de 1989 y febrero de 1990 y, para lo que aquí interesa, como “celador de la sección de seguridad, en el tiempo comprendido desde el 24 de mayo de 1994...hasta el 30 de junio de 2002”.

Estas dos certificaciones coinciden en la fecha de inicio del último de los vínculos laborales del actor con el municipio: 24 de mayo de 1994.

Por lo tanto, llama la atención de la Sala que el I.S.S. sólo tenga registradas cotizaciones hasta el 30 de junio de 1995, realizadas a otras entidades de previsión social, y tan sólo le reconozca al actor 215 días de aportes directos al I.S.S., “en calidad de independiente”, pues de las pruebas obrantes en el expediente se infiere que él tuvo un vínculo laboral formal ininterrumpido de más de doce años con una entidad territorial del orden municipal. En esos doce años, o bien tuvo que haber cotizado al sistema general de pensiones, por conducto de su empleador, por así disponerlo el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, o bien su empleador –el Municipio de Sincelejo- incurrió en grave irregularidad en perjuicio del derecho a la seguridad social del actor, o bien hubo una grave falla administrativa y financiera en el Instituto de Seguros Sociales. Como ya se señaló, en el expediente obra también un listado de “novedades” que al parecer indica que por lo menos entre el 2002 y el 2007 se hicieron aportes al I.S.S, a nombre del accionante, en 98 ocasiones distintas.

Si se acepta que el actor, José Domingo Mendoza Padilla, estuvo vinculado formalmente al Municipio de Sincelejo, en una última etapa laboral, sin interrupciones, desde mayo de 1994 hasta septiembre de 2006 (término no contabilizado en el estudio de cumplimiento de requisitos hechos por el I.S.S cuando le negó la pensión de vejez), y si se acepta –dado que no se desvirtuó durante el trámite de la tutela y suponiendo que tratándose de una entidad estatal no incurrirá en la violación de su deber de descontar y aportar al sistema pensional- que al actor se le descontó el porcentaje correspondiente de su salario para efectos pensionales, cosa que se infiere no sólo de sus afirmaciones contenidas en el escrito de tutela, sino de la lista de novedades de autoliquidación de aportes mencionada en el párrafo anterior, se llega necesariamente a una primera conclusión: el actor tuvo que haber cotizado al sistema por lo menos durante 12 años más, que sumados a los diez años, 11 meses y 27 días que el I.S.S dio por laborados al servicio del Estado, implica que se satisfacen los requisitos del régimen a él aplicable, esto es, el contenido en la Ley 33 de 1985, que exige haberle prestado servicios al Estado durante 20 años continuos o discontinuos y haber llegado a la edad de 55 años.

Al respecto, es importante reiterar lo establecido en los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993:

“Artículo 22. Obligaciones del empleador: El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Artículo 23. Sanción moratoria: Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la seguridad social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

Artículo 24. Acciones de cobro: Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regimenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

La Corte Constitucional, reiteradamente, ha considerado que la mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador, o los problemas interadministrativos entre empleador y entidad administradora de pensiones, no pueden ser invocadas como causales para negar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de quien ha cumplido los requisitos de edad y de semanas de cotización. Al respecto se ha dicho:

“...Del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, previo cumplimiento de los requisitos legales, dependen la protección efectiva de los derechos fundamentales de los adultos mayores, por lo que dicha prestación adquiere especial relevancia constitucional; y habida cuenta esta relevancia, la mora patronal en el pago de los aportes destinados a pensión no constituye motivo suficiente para enervar el suministro de la pensión, amén de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para que las entidades administradoras de pensiones cobren las cotizaciones respectivas. Habida cuenta este procedimiento para la cotización, surge la controversia sobre los efectos del incumplimiento del empleador en sus obligaciones de pago de aportes a las administradoras de pensiones. En relación con este particular, la Corte ha enfatizado, de forma reiterada, que la Ley 100 de 1993 otorga distintas herramientas para que estas entidades efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes. Bajo esa perspectiva, la negligencia en el uso de dichas facultades no puede servir de sustento para negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes(...)”⁹

En el presente caso, los documentos obrantes en el expediente, no controvertidos ni desvirtuados en su autenticidad o veracidad por la entidad accionada, ponen de presente la existencia de un vínculo laboral de tipo reglamentario formal entre el accionante y una entidad estatal desde mayo de 1994 hasta, muy probablemente, septiembre de 2006.

El accionante ha sido víctima de un problema interadministrativo que, por comprometer sus derechos fundamentales al mínimo vital, no tiene el deber constitucional de soportar. Como se explicó anteriormente, el Instituto de Seguros Sociales reconoce prácticamente todas las cotizaciones para pensión que hizo el actor hasta junio de 1995, pero a partir de esa fecha, y hasta 2006, sólo reconoce la cotización de 215 días, menos de un año de días hábiles laborales. Ello a pesar de que existen varias certificaciones laborales que indican que el actor estuvo vinculado laboralmente a una entidad territorial –el Municipio de Sincelejo– sin interrupción, varios años más. Para la Sala no existen dudas de que esa vinculación se prolongó por lo menos hasta junio de 2002, pues hasta esa fecha hay coincidencia en todos los documentos obrantes en el expediente. Pero algunas otras certificaciones, como la expedida por el archivo de la Secretaría de Educación del Municipio, extienden esa

vinculación hasta el 28 de septiembre de 2006, fecha que coincide, por lo demás, con la resolución de desvinculación por cumplimiento de la edad de retiro forzoso. Otras pruebas parecen indicar, incluso, que hubo cotizaciones a nombre del actor hasta marzo de 2007. Así lo indica, por ejemplo, la ya citada relación de novedades del Sistema de Autoliquidación de Aportes mensual expedida por el propio I.S.S.

Si el término de duración de ese vínculo se suma al término de duración de servicios al Estado prestados con anterioridad, y debidamente reconocidos por el I.S.S, es claro que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez. Los documentos obrantes en el expediente permiten inferir que el empleador, en este caso el Municipio de Sincelejo, no hizo los aportes que legalmente le correspondían o que, si los hizo, estos no quedaron debidamente registrados en los archivos del I.S.S. En cualquiera de las dos hipótesis, el accionante no está constitucionalmente obligado a padecer la negligencia o la ineficiencia administrativa de su empleador y/o de la entidad administradora de su pensión. Más aun cuando, de conformidad con las normas de la Ley 100 de 1993 transcritas, la entidad administradora –en este caso, el I.S.S-, tiene facultades legales para hacer cumplir la obligación jurídica de cotizar, frente a casos de evasión como el que puede haber ocurrido en este caso.

Para la Sala, en consecuencia, se dan los requisitos jurisprudencialmente establecidos para conceder, vía tutela, la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante. En efecto:

- El accionante, por su edad y condiciones económicas y de salud, es sujeto de especial protección constitucional;
- La negativa injustificada a reconocerle y pagarle la pensión afecta su derecho al mínimo vital.
- La falta de diligencia por parte del I.S.S. en evaluar la aparente contradicción entre la historia laboral del actor, por un lado, y sus propios registros, por el otro, constituye una vía de hecho, por violación al debido proceso, tanto por defecto fáctico –al ignorar las pruebas sobre una historia laboral mucho más extendida de la que aparecía en los archivos institucionales del I.S.S., con aparentes deducciones salariales que no se vieron reflejadas en el historial de aportes al sistema-, como por defecto sustancial –al inaplicar

injustificadamente las normas legales que le permiten hacer cumplir las obligaciones de los empleadores en materia de cotizaciones al sistema pensional-. Estos dos defectos convierten la decisión del I.S.S., consistente en negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante, en un acto inconstitucional:

-Finalmente, el actor desplegó la necesaria actividad administrativa, en la medida en que agotó los recursos de vía gubernativa a su disposición.

Ahora bien: la Sala concederá la tutela, pero sólo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La situación de precariedad física y económica del accionante, y su condición incontrovertible de persona de la tercera edad llevan a la Sala a considerar que el riesgo de un perjuicio inminente y grave por ausencia de un mínimo ingreso, hace urgente e impostergable el reconocimiento transitorio del derecho pensional, teniendo en cuenta especialmente las connotaciones de inconstitucionalidad, vulneración del principio de buena fe, y negligencia injustificada que, según se acaba de explicar, caracterizan la decisión negativa del I.S.S..

Sin embargo, la Sala no está en capacidad de conceder el derecho pensional en forma definitiva, porque es necesario que a través de un proceso laboral ordinario, promovido por el actor en los términos establecidos en numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, se sometan a la debida controversia probatoria y argumental, impropia de la acción de tutela, cuestiones como (i) la autenticidad y veracidad de las certificaciones laborales que dan cuenta, al parecer, del extendido vínculo laboral del actor con el Municipio de Sincelejo, vínculo no reconocido por el I.S.S.; (ii) las razones por las cuales no aparecen en los archivos del I.S.S. las cotizaciones que el actor entiende que se habían hecho en su nombre entre 1994 y 2006, y que aparecen consignadas en el mencionado listado de novedades, cuyo valor probatorio sólo puede determinarse en proceso ordinario; (iii) la posible contradicción entre las distintas certificaciones laborales, pues entre unas y otras hay inconsistencias sobre la fecha de terminación del vínculo laboral y, finalmente, (iv) de manera principal, habrá de determinarse, ya con carácter definitivo, si el actor, una vez dilucidadas todas estas cuestiones, cumple o no cabalmente los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

En síntesis: los indicios obrantes en el expediente dan cuenta de una notoria contradicción entre la historia laboral verdadera del actor, especialmente en sus últimos lustros de vida

laboral, construida a través de los actos administrativos y las certificaciones laborales expedidas por distintas dependencias del municipio de Sincelejo, por una parte, y la historia laboral contenida en los archivos del I.S.S, por la otra. Sólo a través de un proceso laboral ordinario que el actor habrá de promover será posible determinar las causas de dicha contradicción, las responsabilidades eventuales por la omisión de cotizar o por la omisión de registrar y contabilizar las cotizaciones, y la concurrencia o no de los requisitos para que el actor obtenga el derecho definitivo a la pensión de vejez. La Sala amparará al accionante, ordenando de manera transitoria el reconocimiento y pago de la pensión, por considerar que sus características personales ya señaladas, la posible existencia de un perjuicio a su mínimo vital por causas no imputables a él, y los ostensibles defectos de los actos administrativos que le negaron la pensión, también ya indicados, obligan a ordenar la protección de manera transitoria. Pero será necesario que en proceso laboral ordinario, con plenas garantías para él, para la entidad administradora de pensiones, y para su empleador, se determinen con carácter definitivo los derechos y obligaciones resultantes.

Así las cosas, se concederá la tutela, ordenando al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de quince (15) días a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague la pensión de vejez del accionante, bajo el entendido de que, además de los servicios prestados al Estado ya reconocidos por el I.S.S, el señor Mendoza Padilla prestó servicios ininterrumpidos al Municipio de Sincelejo desde el 23 de mayo de 1994 hasta el 27 de septiembre de 2006. No se ordenará ningún pago retroactivo, pues ello procederá solo cuando se determine la existencia definitiva del derecho. La obligación de pagar la pensión cesará si transcurridos cuatro meses después de la notificación de esta providencia, el actor no ha interpuesto la demanda laboral ordinaria correspondiente o cuando quede en firme la sentencia laboral ordinaria que eventualmente decrete la inexistencia del derecho pensional.

Finalmente, la Sala ordenará que se compulsen copias del presente fallo a la Procuraduría General de la Nación, para que ésta determine si los funcionarios del Municipio de Sincelejo han incurrido o no en la causal de mala conducta tipificada en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

III. DECISIÓN.

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2009 por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, que a su vez confirmó la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2009 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, en la cual se había declarado improcedente la solicitud de tutela promovida por José Domingo Mendoza Padilla, identificado con la cédula de ciudadanía 978501 de Sincelejo, contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.). En su lugar, CONCEDER transitoriamente el amparo del derecho fundamental al mínimo vital del señor José Domingo Mendoza Padilla.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) que en el término improrrogable de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez solicitada por el señor José Domingo Mendoza Padilla, identificado con la cédula de ciudadanía 978501 de Sincelejo, con fundamento en lo establecido en la Ley 33 de 1985, incorporando dentro de los parámetros para la fijación de la pensión la circunstancia de que tuvo un vínculo laboral con el Municipio de Sincelejo desde el 23 de mayo de 1994 hasta el 27 de septiembre de 2006. Para la determinación del monto de la pensión, el Instituto de Seguros Sociales tendrá en cuenta las certificaciones laborales obrantes en el expediente.

Tercero.- La obligación de pagar mensualmente la pensión ordenada en el numeral anterior cesará si el actor no interpone demanda laboral ordinaria contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S) dentro de los cuatro (4) meses posteriores a la notificación del presente fallo, para reclamar con carácter definitivo el reconocimiento y pago de su pensión de vejez. También cesará, si a ello hay lugar, cuando en sentencia ejecutoriada, la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, determine con carácter definitivo, el no cumplimiento de los requisitos para que el ciudadano Mendoza Padilla acceda a la pensión de vejez.

Cuarto.- ORDENAR que por Secretaría se compulse copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación, para que ésta determine si funcionarios del Municipio de Sincelejo incurrieron en la causal de mala conducta establecida en el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y, si a ellos hay lugar, imponga las sanciones

disciplinarias correspondientes.

Quinto.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-153/10

2 Ver Sentencia T- 083 de 2004.

3 Ver sentencias T-1309 de 2005; T-236 de 2006

4 Ver sentencias T- 056 de 2006; T-668 de 2007; T-799 de 2007; T-284 de 2007

5 Artículo 86 de la Constitución...Esta acción (la tutela) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

6 T-284 de 2007, T-184 de 2007, T-149 de 2007, T-229 de 2006, T-203 de 2006, T-008 de 2006, T-1160 de 2005, T-1309 de 2005, T-606 de 2005 y T-159 de 2005.

7 Sentencia T-526 de 2008. En el mismo sentido, ver Sentencias T-414 de 1992, T-398 de 2001, y T- 076 de 2003.

8 En el expediente también obra copia de la Resolución de Retiro 4598 del 28 de septiembre de 2006.

9 Sentencia T-106/06. En la sentencia T-923/08 también se afirmó: “La falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama. La Corte ha sido clara en reiterar, que dado que la Ley 100 de 1993 otorga distintos mecanismos para que esas entidades efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes”. En el mismo sentido, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-363 de 1998, C-177 de 1998 y T-1106 de 2003.