

Sentencia T-645/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION O SUBORDINACION-Jurisprudencia constitucional sobre procedencia excepcional

La acción de tutela constituye un mecanismo excepcional, idóneo para enfrentar las amenazas de particulares contra una persona que por sus condiciones o limitaciones se encuentra desposeída de los recursos físicos o jurídicos eficaces para proteger y mantener sus derechos fundamentales, ante una situación vulneradora inadmisibles e insostenible.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES ECONOMICAS PENSIONALES-Requisitos de procedencia

Específicamente sobre el pago de prestaciones económicas pensionales por esta vía, existe amplia jurisprudencia, de la cual surgen los siguientes requisitos que deben cumplirse para que proceda el amparo: (i) no contar con otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”. La idoneidad se refiere a la eficacia real del medio ordinario de defensa para quien invoca la tutela, particularmente respecto del estado de indefensión de algunas personas en circunstancias de debilidad manifiesta, cuyo único medio de subsistencia sería la pensión. (ii) Que la tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que cause inminente violación a derechos fundamentales; Cabe resaltar que la evaluación del perjuicio irremediable no es un ejercicio genérico cuando esté en juego el reconocimiento de una pensión, sino que es necesario consultar las particularidades de cada caso, teniendo en cuenta factores que evidencien debilidad; (iii) Que la falta de reconocimiento o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social. (iv) Que esté acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento de la

pensión o, en caso contrario, que exista razonable certeza respecto de la procedencia de la solicitud. (v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, este le fuere negado.

PENSION DE VEJEZ-Protección constitucional/PENSION DE VEJEZ-Requisitos

MORA EN LA AFILIACION Y PAGO DE APORTES PENSIONALES

Siendo la pensión un derecho que conlleva un contenido económico, la omisión del empleador en la afiliación o la mora en el pago de los aportes pensionales, pueden llegar a afectar el derecho a la seguridad social del trabajador, pues del vínculo con el sistema y del pago oportuno de las cotizaciones, depende que este reúna los requisitos para acceder a la pensión.

PENSION DE VEJEZ Y MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES POR PARTE DEL EMPLEADOR-Afiliado o beneficiario no debe soportar la mora en el traslado de los aportes al sistema ni la inacción de Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones en el cobro

La ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la obligación de exigir al empleador el pago oportuno de los aportes pensionales e imponer las sanciones correspondientes, no siendo posible a aquéllas alegar en su favor su propia negligencia en el cumplimiento de tal previsión legal. También ha precisado esta corporación que, estando la entidad administradora de pensiones facultada para cobrar los aportes que le adeuda el empleador, no hacerlo no la exime de cumplir sus obligaciones frente al afiliado, quien no debe soportar la carga de la negligencia del fondo, viendo frustrado su derecho pensional.

PENSION DE VEJEZ-Vulneración por empleadores al no afiliar oportunamente al accionante al sistema pensional

PENSION DE VEJEZ Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Orden a empleador reconozca y pague pensión de vejez y al Colfondos realizar devolución de saldos de la cuenta del accionante

Referencia: expediente T-3905887

Acción de tutela interpuesta por Luis Antonio González contra CSS Constructores S. A.

Procedencia: Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013).

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

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado en febrero 19 de 2013 por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali en segunda instancia, dentro de la acción de tutela interpuesta por Luis Antonio González contra la sociedad CSS Constructores S. A..

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del mencionado despacho, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991. En mayo 28 de 2013 la Sala Quinta de Selección lo escogió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

En noviembre 26 de 2012, Luis Antonio González identificado con cédula de ciudadanía número 5.193.158, promovió acción de tutela contra CSS Constructores S. A. (Ingenieros Carlos Alberto y Luis Héctor Solarte Solarte), argumentando violación de sus derechos fundamentales “al reconocimiento de mi pensión de vejez, en conexidad con el mínimo vital, el derecho a la subsistencia” (f. 2 cd. inicial), por no haber realizado aportes para pensión desde enero 11 de 1977 hasta 1992 y desde 1994 hasta 1999, razón por la cual no puede acceder a esta prestación. En sustento de lo cual relató:

1. Laboró como operador de buldózer en la empresa de construcciones civiles de los ingenieros Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte, desde enero 11 de 1977 hasta 1992, período durante el cual no estuvo afiliado a ninguna entidad de protección

social. (f. 1 ib.).

2. “Nuevamente en 1994, me volvieron a enganchar con el mismo cargo y a partir del 15 de agosto de 1999, época en que los Ingenieros cambian de razón social a CSS Constructores S. A., me afilian a Colfondos en pensión y a Saludcoop en salud ...” (f. 1 ib.).

3. En octubre 3 de 2011, siendo trabajador de la empresa CCS Constructores S. A., solicitó a ésta el reconocimiento de su pensión de vejez, por considerar cumplida la edad y el tiempo laborado, sin que se le hubieran realizado los aportes al Sistema General de Pensiones.

4. A lo anterior, mediante carta de octubre 27 de 2011, el Departamento Jurídico de la empresa negó la prestación solicitada argumentando la inexistencia de vínculo laboral expresando que “en los sistemas de nómina de ésta y de las empresas Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte, usted aparece vinculado a la segunda desde el año 2001 hasta el 2003 y a la primera desde el 2003 hasta el 2004 y desde el 2006 hasta la fecha; no aparece vinculado a la empresa Luis Héctor Solarte Solarte (sic). Durante tales vinculaciones se han hecho cumplidamente los aportes a pensión. Por lo anterior, CSS Constructores S. A. y Carlos Alberto Solarte Solarte niegan su solicitud de pensión de vejez, por haber trasladado el riesgo al fondo de pensiones correspondiente, al haberlo afiliado legalmente y haber hecho los aportes ordenados por la ley.” (f. 9 ib.).

5. En noviembre 19 de 2011 solicitó nuevamente a su empleador el reconocimiento de la pensión de vejez, anexando fotocopias de constancias laborales de 1990, 1997 y 1999, expresando “Ahora bien, estimados ingenieros mi ánimo no es entrar a polemizar si tengo derecho o no a la pensión de vejez, lo único cierto es que ustedes como empresa, antes de agosto de 1999, no me tuvieron afiliado a ningún régimen de protección social, como era su deber hacerlo y así no estuviéramos en estas reclamaciones; ... soy una persona que en febrero próximo cumplirá 80 años y me quedarán si mucho unos 10 años de expectativa de vida, por lo que les propongo mi ánimo CONCILIATORIO, en el sentido de que su abogado haga un cálculo actuarial por la expectativa de vida que me queda y así lleguemos a un acuerdo, para no tener que acudir a otras instancias de la justicia laboral” (f. 11 ib.).

6. En respuesta, la ahora accionada, mediante carta de diciembre 6 de 2011, ratificó los argumentos que sustentaron su negativa, expresando que “Revisados nuevamente los

archivos de nómina de las empresas Luis Héctor Solarte y Solarte, Carlos Alberto Solarte Solarte y CSS Constructores S. A., le reitero que usted aparece vinculado a la segunda desde el año 2001 hasta el 2003 y a la primera desde el 2003 hasta el 2004 y desde el 2006 hasta la fecha; no aparece vinculado a la empresa Luis Héctor Solarte Solarte (sic) y no existen registros de nómina anteriores al año 2001, razones por las cuales las referidas empresas nuevamente le niegan su solicitud de pensión de vejez, por haber trasladado el riesgo al fondo de pensiones correspondiente, al haberlo afiliado legalmente y haber hecho los aportes ordenados por la ley.” (f. 12 ib.).

7. En febrero 29 de 2012 “me despidieron a la edad de 80 años cumplidos” (f. 1 ib.).

8. En julio 24 de 2012, previa solicitud presentada por el accionante ante el Ministerio de Trabajo, acudió a la citación formulada por esa entidad para celebrar audiencia de conciliación con CCS Constructora S. A., diligencia a la cual no asistió la empresa.

9. Concluyó expresando que se trata de una persona de 80 años de edad, que padece diabetes, además de otras enfermedades propias de la edad, por lo que merece especial protección (f. 2 ib.).

A. Actuación judicial.

Mediante auto de noviembre 27 de 2012, el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, avocó conocimiento de la acción de tutela, enterando a la empresa accionada y vinculando al Ministerio del Trabajo, a Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías y a Saludcoop E. P. S., otorgándoles el término de 24 horas para pronunciarse sobre los hechos de la tutela (f. 32 ib.).

Respuesta del Ministerio de Trabajo. Mediante escrito de diciembre 3 de 2012, el Inspector de Trabajo manifestó que existe una investigación administrativa adelantada contra la empresa, trámite que se encuentra en etapa de averiguación preliminar, habiendo citado tres (3) veces consecutivas al representante legal de la querellada, sin que hubiera sido posible su notificación, luego de surtida la cual, mediante oficio de septiembre 27 de 2012 excusó su inasistencia por lo que fijaría nueva fecha para diligencia (fs. 43 a 44 ib.).

Respuesta de la vinculada Colfondos. Mediante escrito de diciembre 4 de 2012, Colfondos

manifestó que “OBJETÓ la pensión de vejez al señor LUIS ANTONIO GONZALEZ por cuanto al revisar el saldo de la cuenta de ahorro individual se evidenció que no contaba con el capital suficiente para financiar una prestación igual o superior al 110% de un salario mínimo mensual legal vigente. Igualmente se evidenció que en el lapso ... de 11 de Enero de 1977 al año de 1992, el empleador CSS Constructores S. A. (Ingenieros Carlos Alberto y Luis Héctor Solarte Solarte), no efectuó las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, es por ello que estos períodos no pueden tenerse en cuenta para el cálculo de pensión de vejez, por tal razón se objeta la solicitud de pensión de vejez.” (f. 66 ib.).

Y concluyó expresando (f. 68 ib.): “En ese orden de ideas, consideramos de manera respetuosa que se debe ordenar al empleador CSS Constructores S. A. (Ingenieros Carlos Alberto y Luis Héctor Solarte Solarte) en su condición de empleador moroso, asumir el reconocimiento de la prestación reclamada por el accionante, ya que si bien en el Régimen de Ahorro Individual no cumple con los requisitos legales para que le sea reconocida la pensión de vejez, el empleador si puede asumir esa carga ya que fue por su omisión que se dejó sin cobertura al Señor LUIS ANTONIO GONZALEZ, hecho que incluso puede llegar a tener consecuencias administrativas y penales para los empleadores incumplidos, de conformidad con lo dispuesto en la ley 828 de 2003.”

Anexó fotocopia del estado de cuenta del accionante en el que aparece vinculado como dependiente de “Solarte Solarte C. C. 4.609.816”, desde agosto de 1999.

Respuesta de la vinculada Saludcoop E. P. S. Mediante escrito de diciembre 5 de 2012, la Gerente de Saludcoop E. P. S. Regional Pasto, informó que el accionante estuvo afiliado como trabajador dependiente de CSS Constructores S. A., desde junio 3 de 2006 hasta febrero 29 de 2012, fecha en que el empleador reportó la novedad de retiro. Expresó igualmente que en la actualidad el actor está afiliado como beneficiario de Luis Bolívar González.

Solicitó la desvinculación de esa entidad de la acción de tutela, pues no ha vulnerado derechos fundamentales al accionante (fs. 83 a 84 ib.).

Respuesta de la accionada CSS Constructores S. A. En escrito de diciembre 10 de 2012 el apoderado general de la sociedad, manifestó que debe negarse la acción de tutela porque el accionante cuenta con la acción ordinaria laboral para discutir y eventualmente obtener

el pago de los aportes supuestamente faltantes.

Solicitó al juzgado desestimar las pruebas aportadas en el trámite de tutela, teniendo en cuenta que ellas no demuestran que el accionante haya laborado para la empresa demandada, frente a lo cual expresó que (el resaltado no es del texto original) “las certificaciones y demás documentación aportada no demuestran que el demandante trabajó para la demandada sino solamente para Luis Héctor y Carlos Alberto Solarte Solarte, en ciertos casos y si alguna credibilidad merecen porque es necesario resaltar la circunstancia de que ninguno de tales documentos está firmado por ellos.” (f. 99 ib.).

Expresó (f. 100 ib.): “No existen pruebas, entonces, de la relación laboral que vinculó a las partes, la cual es imposible que se haya desarrollado desde el 11 de enero de 1977 hasta 1992 y desde 1994 hasta 1999, puesto que CSS Constructores S. A. fue constituida recién el 12 de diciembre de 2001.”

Adjuntó fotocopia del certificado de existencia y representación legal de la empresa, en el que se registra la relación de matriz a subordinada existente entre Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte respecto de CSS Constructores S. A., quienes a su vez han configurado una situación de control sobre tal sociedad, desde febrero 18 de 2002 el primero y desde marzo 31 de 2001 el segundo (f. 109 ib.).

Decisión de primera instancia.

Mediante fallo de diciembre 10 de 2012, el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali negó por improcedente la acción interpuesta por el accionante, por considerar que “la temática de este asunto tiene un ámbito propio para su resolución, que es la jurisdicción ordinaria; y dicha jurisdicción, al estar facultada para resolver sobre las cuestiones propuestas en la demanda, es lo suficientemente idónea y eficaz y no debe ser sustituida por la jurisdicción constitucional” (f. 133 ib.) .

Indicó también que no se cumple el requisito de inmediatez, pues los aportes pensionales adeudados corresponden a los años 1977 a 1992 y 1994 a 1999, de lo cual tenía conocimiento el accionante y no obstante ello solo instauró la acción en noviembre 26 de 2012 (fs. 116 a 134 ib.).

Impugnación.

Notificado el fallo de tutela, oralmente el accionante lo impugnó (f. 150 ib.).

Decisión de segunda instancia.

En febrero 19 de 2013, el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali confirmó la decisión impugnada, argumentando que no se cumplieron las causales de procedibilidad de la acción de tutela, la subsidiariedad ni la inmediatez y que tampoco se demostró afectación al mínimo vital, ni se está en presencia de un perjuicio irremediable (fs. 152 a 156 ib.).

Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía número 5.193.158, que identifica a Luis Antonio González, quien actúa como accionante (f. 5 ib.).
2. Fotocopia de certificado médico en el que se reporta que el accionante padece diabetes (f. 6 ib.).
3. Fotocopia de las peticiones formuladas por el accionante a la accionada en octubre 3 y noviembre 19 de 2011 (fs. 7, 8, 10 y 11 ib.).
4. Fotocopia de las respuestas de la accionada al accionante de octubre 27 y diciembre 6 de 2011 (fs. 9 y 12 ib.).
6. Fotocopia autenticada de la carta dirigida al accionante por el Ingeniero Carlos Alberto Solarte Solarte en junio 2 de 1997, en la que le disminuye la jornada laboral, le anuncia la terminación del contrato de trabajo y su posible vinculación para nuevas obras (f. 16 ib.).
7. Fotocopia autenticada de constancia laboral expedida por el Consorcio Luis Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte en junio 14 de 1990, en la que certifica que “el señor Luis Antonio Gonzales, identificado con cédula de ciudadanía 5’193.158, de Pasto, trabajó en esta Empresa como Operador de Buldózer y Cargador, destacándose por su idoneidad profesional” (f. 17 ib.).
8. Fotocopia de liquidación de contrato de trabajo de diciembre 15 de 1977 (f. 18 ib.).

9. Fotocopia de comprobantes de pago de nómina del Consorcio Solarte Solarte al accionante (fs. 19 a 24 ib.).

10. Declaración extrajuicio rendida en abril 10 de 2012 por Manoli del Socorro Montilla, en la Notaría Primera de Pasto, en la cual expresó que “conozco al señor Luis Antonio González, identificado con cédula 5.193.158 de Pasto y puedo dar fe de que trabajó con los ingenieros LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE; desempeñándose como operador de buldózer, ya que yo les daba la alimentación a los trabajadores, en el año 1977 hasta aproximadamente el año 2000; en diferentes sitios de Colombia como lo son Putumayo, Caquetá, Antioquia y Túquerres” (f. 25 ib.).

11. Declaración extrajuicio rendida en abril 10 de 2012 por Jorge Antonio López Riascos en la Notaría Primera de Pasto, en la cual expresó que “conozco al señor Luis Antonio González, identificado con cédula de 5.193.158 de Pasto y puedo dar fe de que trabajó con los ingenieros LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE; desempeñándose como operador buldózer, ya que fuimos compañeros de trabajo desde 1977 hasta el año 1983, en diferentes sitios de Colombia como lo son Putumayo, Caquetá, Antioquia y Túquerres” (f. 26 ib.).

12. Declaración extrajuicio rendida en abril 10 de 2012 por Ángel María Arnoldo Cumbal Cabrera en la Notaría Primera de Pasto, en la cual expresó que “conozco al señor Luis Antonio González, identificado con cédula de 5.193.158 de Pasto y puedo dar fe de que trabajó con los ingenieros LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE; desempeñándose como operador buldózer, ya que fuimos compañeros de trabajo desde 1977 hasta el 2006 en diferentes sitios de Colombia, como lo son Putumayo, Caquetá, Antioquia y Túquerres” (f. 27 ib.).

13. Fotocopia de carné del accionante como trabajador de “LUIS H. Y CARLOS A. SOLARTE S. INGENIEROS CIVILES”, de abril 7 de 1984, en el que aparece que se desempeña como operador de buldózer (f. 28 ib.).

14. Constancia expedida por Colfondos S. A. en noviembre 19 de 2012, en la que certifica que el accionante está afiliado a esa entidad desde agosto 25 de 1999 y que sus recursos están en el Fondo de Pensiones Obligatorias Colfondos Conservador desde marzo 22 de 2011 (f. 29 ib.).

15. Certificación de movimiento de cuenta individual expedida por Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías, en la que aparecen aportes en mora de los empleadores Luis Solarte Solarte, períodos marzo de 2000 y noviembre de 2004, Carlos Alberto Solarte Solarte, período diciembre de 2002 y CSS Constructores S. A. período enero de 2004 (f. 30 ib.).

16. Fotocopia de la diligencia administrativa laboral adelantada ante una Inspección de Trabajo en julio 24 de 2012 (f. 31 ib.).

17. Fotocopia del estado de cuenta del accionante expedido por Colfondos, en el cual aparecen aportes desde agosto de 1999 hasta febrero de 2012, faltando 41 meses correspondientes a los períodos julio de 2000 a agosto de 2003 (38 meses) y octubre, noviembre y diciembre de 2005 (fs. 73 a 76 ib.).

Siendo necesario recabar mayor información respecto de la vinculación laboral del accionante, se solicitó telefónicamente a Luis Antonio González una relación escrita de sus vínculos de trabajo con los Ingenieros Luis Héctor Solarte Solarte, Carlos Alberto Solarte Solarte y la sociedad CCS Constructores S. A..

A lo anterior el peticionario remitió memorial dirigido a este despacho manifestando que “desde 1994, he trabajado ininterrumpidamente, es decir, en forma continua, con la Empresa de los hermanos Ingenieros Civiles Carlos Alberto y Luis Héctor Solarte Solarte.” (f. 9 cd. Corte).

Con base en esta manifestación se consultó la base de datos de la Cámara de Comercio de Bogotá[1] para indagar sobre las sociedades de los ingenieros civiles Carlos Alberto y Luis Héctor Solarte Solarte, encontrando que,

1. Carlos Alberto Solarte Solarte identificado con cédula de ciudadanía número 5.199.222, está matriculado como persona natural comerciante activo con número 00941168 de mayo 14 de 1999 y registra como dirección comercial y de notificación judicial la misma de CSS Constructores S. A., esto es, Autopista Norte kilómetro 21 interior Olímpica, Chía, Cundinamarca. Su correo electrónico para notificación judicial es wilson.torres@css-construtores.com y el correo electrónico comercial es gerencia@css-construtores.com. Certifica que mediante escrituras públicas 498 de mayo 17 de 2004 y 49 de enero 22 de 2011, ambas de la Notaría Única de Chía, Carlos Alberto Solarte Solarte actuando en

nombre propio y como representante legal de CSS Constructores S. A., confirió poder general amplio y suficiente al mismo abogado que en esta acción representa a la empresa, para ejecutar los actos relacionados con sus derechos y obligaciones, entre los cuales se encuentran los siguientes (fs. 10 a 12 ib.): “2) notificarse personalmente y representarlos en toda clase de actuaciones que se adelanten ante las diferentes autoridades que integran la rama ejecutiva y judicial del poder público ... en los procesos en que actúen como demandantes y demandados ...”

2. Luis Héctor Solarte Solarte estuvo matriculado como persona natural comerciante, con número 00941171 de mayo 14 de 1999, cancelada en agosto 28 de 2011, figurando en el sistema como fallecido (f. 13 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para examinar en Sala de Revisión la acción, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Esta Sala de Revisión debe decidir si la actuación reprochada a CSS Constructores S. A. es violatoria de los derechos invocados por el demandante, al negarle la pensión solicitada argumentando que no existen pruebas de la relación laboral que existió entre las partes, para lo cual abordará el estudio de los siguientes temas, reiterando la jurisprudencia correspondiente: (i) acción de tutela contra particulares y el estado de indefensión; (ii) el derecho a la seguridad social, su carácter fundamental y protección por medio de acción de tutela; (iii) el derecho a la pensión de vejez; (iv) mora en la afiliación y pago de aportes pensionales; (v) con base en esos análisis, se decidirá el caso concreto.

Tercera. Acción de tutela contra particulares y el estado de indefensión.

El artículo 86 de la carta política contempla la procedencia de la acción de tutela contra particulares, cuando (i) estén encargados de un servicio público, (ii) su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o (iii) el solicitante se encuentra en estado de

subordinación o indefensión respecto de ellos.

Interesa en este caso el entendimiento y alcance dado por esta corporación al concepto de indefensión, cuando el titular de la acción constitucional persigue defender sus derechos fundamentales, ante la violación o riesgo de su ocurrencia por la acción u omisión del particular.

Para ello, ha de recordarse que esta Corte, en sentencia T - 351 de julio 30 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz, expresó (el resaltado no es del texto original):

“El estado de indefensión se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular se encuentra inerme o desamparada, es decir sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental. El juez de tutela debe apreciar los hechos y circunstancias del caso a fin de establecer si se presenta la indefensión a que se refieren los numerales 4 y 9 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, para que proceda la acción de tutela contra particulares.[2]

De donde se ha concluido que el concepto de indefensión no es un predicado abstracto del cual puedan hacerse generalizaciones que se distancien de la realidad que ofrecen los hechos. Es por el contrario una situación relacional, intersubjetiva en la cual el demandante es uno de los extremos y el demandado es otro. El primero ha sido ofendido o amenazado por la acción del segundo. Adicionalmente, el demandado no tiene posibilidades ni de hecho ni de derecho para defenderse de esta agresión injusta.[3]

Esta Corporación en múltiples decisiones judiciales[4] ha expuesto reiteradamente que la acción de tutela procede contra particulares, cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, porque así lo dispone expresamente el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia con los numerales 1 a 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La Corte ha entendido, y así lo ha expuesto en su jurisprudencia, que la indefensión hace referencia a una situación relacional que implica la dependencia de una persona respecto de otra, no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado se configura sobre situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona

afectada en su derecho carece de defensa por acción u omisión para proteger sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; es decir que la indefensión es entendida como la posibilidad de dar respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate. Así mismo, ha dicho también esta Corte que el estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas, de los hechos relevantes tales como las condiciones de desprotección, circunstancias económicas, sociales, culturales y los antecedentes personales de los sujetos procesales, por ello el concepto de indefensión es esencialmente relacional. Ello significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otros particulares habrá que determinarlo, por parte del juez de tutela de acuerdo al tipo de vínculo que existe entre ambas partes.

En este orden de ideas, estima la Sala que la tutela contra particulares extrae su fundamento socio-político del desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado que caracteriza a la comunidad contemporánea; el fenómeno de la indefensión está encaminado a proteger a las personas de los abusos provenientes de cualquier poder: económico, social, religioso, cultural, etc.”.

Lo anterior significa que la acción de tutela constituye un mecanismo excepcional, idóneo para enfrentar las amenazas de particulares contra una persona que por sus condiciones o limitaciones se encuentra desposeída de los recursos físicos o jurídicos eficaces para proteger y mantener sus derechos fundamentales, ante una situación vulneradora inadmisible e insostenible.

Otros casos similares han sido atendidos por esta Corte en igual sentido, como en la sentencia T – 704 de octubre 6 de 2009, con ponencia de quien ahora desempeña la misma labor.

Cuarta. Carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la posibilidad de su protección por medio de acción de tutela.

Basado en principios de solidaridad, igualdad y universalidad, el derecho a la seguridad social adquirió mayor desarrollo en la segunda mitad del Siglo XX[5], evolucionando hasta ser asumido internacionalmente como derecho inmanente de la persona. Así, la seguridad social está incluida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[6] y en el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[7], entre otros instrumentos internacionales.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social”[8] (no está en negrilla en el texto original).

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estatuye: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

El artículo 9° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), expresa: “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

No obstante, como afirman la doctrina y la jurisprudencia nacional[9] e internacional sobre la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, se ha señalado que las obligaciones positivas y negativas se pueden encontrar en cualquier tipo de derecho, sin importar su categoría[10], “podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tienen un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones de cada

derecho llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen” [11].

Así, aunque inicialmente se sostuvo la tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de derechos sociales, supuestamente por no ser fundamentales, la Corte Constitucional reconoció que tal clasificación era inconsistente, estableciendo excepciones para la procedencia pues, en principio, “podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó ‘tesis de la conexidad’[12]”[13].

Bajo esa línea argumentativa, esta Corte ha venido aceptando que el carácter fundamental de un derecho lo otorga su consagración en la carta política, en cuanto todos los allí incluidos son fruto del desarrollo de los principios y valores en los que se funda el Estado social de derecho, razón por la cual la clasificación que otrora se realizó hoy se encuentra ampliada.

Ahora bien, una cosa es el carácter fundamental de los derechos y otra que todos ellos permitan per se su protección mediante automática acción de tutela, pues cada derecho tiene su lugar y para el caso su exigibilidad, según el grado de obligaciones que imponga al Estado y la relevancia constitucional del suceso a atender.

El derecho a la seguridad social presenta un fuerte contenido de deberes positivos, creándose para el Estado la necesidad de realizar importantes erogaciones presupuestales para ponerlo en marcha y promover, facilitar y extender su cobertura, “esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan”[14].

El artículo 48 de la Constitución Política estableció la seguridad social como un servicio público obligatorio, cuya estructura fue desarrollada por la Ley 100 de 1993, que reguló las prestaciones exigibles y los requisitos para su acceso, de donde se desprende que su protección por vía de tutela implica revisar los requisitos generales de procedibilidad del

mecanismo constitucional.

Por otra parte, para reconocer las situaciones fácticas en las que se debe encontrar quien aspire a que la acción de tutela proceda en lo relacionado con una solicitud de pensión, debe observarse en primer lugar, que usualmente las personas que la reclaman son de avanzada edad y, por tanto, podrían estar en circunstancia de debilidad manifiesta, que imponga otorgarles especial protección (artículo 13 superior, parte final).

Específicamente sobre el pago de prestaciones económicas pensionales por esta vía, existe amplia jurisprudencia, de la cual surgen los siguientes requisitos que deben cumplirse para que proceda el amparo:

(i) No contar con otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”[15]. La idoneidad se refiere a la eficacia real del medio ordinario de defensa para quien invoca la tutela, particularmente respecto del estado de indefensión de algunas personas en circunstancias de debilidad manifiesta, cuyo único medio de subsistencia sería la pensión.

En sentencia T-180 de marzo 19 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte afirmó: “... la acción de tutela resulta procedente siempre que se demuestre la ineficiencia 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.”

(ii) Que la tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que cause inminente violación a derechos fundamentales.

Cabe resaltar que la evaluación del perjuicio irremediable no es un ejercicio genérico cuando esté en juego el reconocimiento de una pensión, sino que es necesario consultar las particularidades de cada caso, teniendo en cuenta factores que evidencien debilidad.

(iii) Que la falta de reconocimiento o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social.

Esta Corte ha reiterado que “en ciertos casos, cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aun cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados”[16].

(iv) Que esté acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento de la pensión o, en caso contrario, que exista razonable certeza respecto de la procedencia de la solicitud[17].

(v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, este le fuere negado[18].

Ahora bien, siendo la pensión un derecho al que por regla se accede a avanzada edad, mal podría interpretarse que todo aquel que solicite su reconocimiento, lo puede procurar mediante acción de tutela, siendo del caso recordar lo que esta Corte ha acotado como “tercera edad”, tomando como base las proyecciones de población realizadas por el DANE, comentadas así en sentencia T-138 de febrero 24 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo:

“El criterio para considerar a alguien de ‘la tercera edad’, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez -regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio

objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela.

De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007[19] -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años.”

Con base en este presupuesto, la edad constituye uno de los criterios a tener en cuenta para otorgar especial protección a quien aspira a derechos pensionales, sin que por ello la acción constitucional pierda su carácter excepcional, ni sea el único factor a tomar en consideración, pues las particulares circunstancias en que se halle una persona pueden hacer que se justifique o haga necesaria la protección tutelar al margen de su edad.

La misma precitada sentencia expresó al respecto:

“A menos que concurran en algún caso concreto circunstancias específicas que ameriten hacer alguna consideración particular, sólo los ciudadanos hombres mayores de 72 años pueden acudir a la tutela como mecanismo excepcional para lograr judicialmente el reconocimiento y pago de una pensión. Y, en tal caso, acreditado ese primer requisito, tendrán también que acreditar los otros requisitos de procedibilidad tales como la demostración de la afectación al mínimo vital, el despliegue de alguna actividad administrativa o judicial y la ineficacia del medio judicial ordinario. Claro está que este criterio no es absoluto y pueden darse casos de personas que, aún sin llegar a la edad mencionada, requieran de la intervención urgente del juez constitucional para efectos de garantizar, a través del reconocimiento del derecho a su pensión de vejez, la protección de su derecho fundamental al mínimo vital. Pero, sin duda, este criterio de edad permite tener un punto de partida objetivo y preciso para entrar en el análisis de procedibilidad de la tutela.”

Quinta. El derecho a la pensión de vejez.

El derecho a la pensión de vejez es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se

consolida ligado a una relación laboral”[20], además de lo cual tiene una inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

En el fallo C-177 de mayo 4 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se definió la pensión de vejez como (el resaltado no es del texto original) “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. Por lo tanto, ‘el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador’[21]. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por ‘la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad’[22], requisitos estos que ‘no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente’.”[23]

Lo anterior reitera el carácter constitucional del derecho a la pensión, que surge de la acumulación de cotizaciones y edad del trabajador, cuyos requisitos de afiliación (obligatoria para los asalariados), cotización y reconocimiento, se encuentran regulados en los artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993[24], como condiciones mínimas para su consolidación.

El reconocimiento y pago de la pensión de vejez también encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo en todas sus modalidades (art. 25), imponiéndose que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar del reposo en condiciones dignas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea incontrastable.

Así mismo, la pensión de vejez encuentra amparo en los artículos 48 y 53 de la carta, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse oportunamente, dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social.

En la precitada sentencia C-177 de 1998, esta corporación concluyó (el resaltado no es del texto original):

“Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones

determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48). Por ello esta Corporación ya había señalado que ‘quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma’[25].

Luego de un período de dispersión en las normas pensionales, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones en el cual se mantuvieron los requisitos generales para acceder a la prestación principal del sistema, a saber, edad y tiempo de aportes. Estas condiciones quedaron recogidas en el artículo 33 del mencionado estatuto, así (el resaltado no es del texto original en todo el articulado citado):

“Capítulo II

Pensión de Vejez

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015....”

Ante el cúmulo de normas y regímenes anteriores a la Ley 100, el literal c) del parágrafo 1° del artículo previó las situaciones en las cuales es posible incluir el tiempo de servicio prestado a empleadores que tenían a su cargo el pago de las pensiones, según las normas del Código Sustantivo del Trabajo que entonces regían, siempre que la vinculación laboral estuviera vigente o se iniciara después de la vigencia de la Ley 100. Así el parágrafo mencionado:

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

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
- e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.”

Lo mismo se hizo con el tiempo de servicio prestado a los empleadores que, estando obligados a afiliar a sus empleados y pagar los aportes correspondientes, omitieron esta obligación. En el literal d) del mismo parágrafo se lee:

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

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

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

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

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

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

En ambos eventos se condicionó la contabilización del tiempo de aportes a que los empleadores pagaran el cálculo actuarial al fondo de pensiones a satisfacción de este. El inciso primero del párrafo citado expresa:

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

Lo anterior significa que el empleador que reconocía pensiones o el que estando obligado a afiliarse a sus empleados omitió hacerlo, debía, una vez entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, afiliarse a sus empleados y pagar al fondo de pensiones elegido por el trabajador, el cálculo actuarial de los aportes correspondientes al tiempo de servicio a acreditar para ser contabilizado al momento de solicitar la pensión por parte del afiliado.

No haber hecho lo anterior, genera una consecuencia jurídica que es objeto del siguiente capítulo.

Sexta. Mora en la afiliación y pago de aportes pensionales.

Siendo la pensión un derecho que conlleva un contenido económico, la omisión del empleador en la afiliación o la mora en el pago de los aportes pensionales, pueden llegar a

afectar el derecho a la seguridad social del trabajador, pues del vínculo con el sistema y del pago oportuno de las cotizaciones, depende que este reúna los requisitos para acceder a la pensión.

Así, la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema Integral de Seguridad Social, consagró en su artículo 15 lo referente a la afiliación al Sistema General de Pensiones. Esta norma prevé lo siguiente (no está en negrilla en el texto original, como tampoco en las transcripciones subsiguientes):

“Capítulo II

Afiliación al Sistema General de Pensiones

Artículo 15. Afiliados. Modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.”

A este respecto se debe afirmar que si bien sobre las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones recae la obligación de cobro de los aportes en mora, mientras no esté demostrada la afiliación del trabajador mal podría exigírsele al fondo de pensiones pagar una prestación de cuyo riesgo no tuvo conocimiento, ni venía legalmente cubierto.

Frente a la discusión entre el empleador y la entidad del sistema respecto de la validez u oportunidad de la afiliación, tampoco podría dejarse sin protección al trabajador, que resulta ser la parte más débil de la tripartita relación.

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 consagró lo relativo a la obligatoriedad del pago de los

aportes, así:

“Capítulo III

Cotizaciones al Sistema General de Pensiones

Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

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

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”

“De conformidad con lo establecido en los artículos 22[26] y 161[27] de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 57[28] del Decreto 806 de 1998, cuando el empleador no cancela de manera puntual y completa los aportes y cotizaciones a las correspondientes administradoras de fondos de pensiones y a las empresas de salud, debe asumir en forma directa los riesgos que se generen con su omisión. De esta manera, correrá con todos los gastos que se causen por la prestación íntegra del servicio de salud que soliciten sus trabajadores, e igualmente asumirá la carga pensional que se origine,[29] pues el trabajador no puede verse damnificado por la actitud negligente de quien lo contrató.[30]”

También ha encontrado sustento esta posición en sentencias como la T-1583 de noviembre 17 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz, en la cual se expuso:

“Cuando el empleador no cancela puntualmente los aportes a las correspondientes empresas de salud y administradoras de fondos de pensiones, será él quien directamente asuma los riesgos que con su omisión se generen, de tal forma que deberá correr por su cuenta y de manera íntegra la prestación del servicio de salud y, así mismo, asumirá la

carga pensional que se cause, pues el trabajador no puede verse damnificado por la actitud negligente de quien lo contrató.

De otro lado, si los descuentos se efectuaron y no fueron trasladados oportunamente a la entidad de seguridad social, debe darse traslado a la justicia penal, para que se investigue y sancione lo relativo a la disposición de recursos parafiscales.”

En fallo T-502 de mayo 4 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, se expresó:

“El empleador ... debe asumir los riesgos que con su omisión se generen, debiendo por lo tanto asumir de su propio peculio lo relacionado con la prestación de los servicios de salud requeridos por sus empleados y beneficiarios, así como también en lo referente a la carga pensional que se genere, hasta tanto se ponga al día en el pago de los aportes a las entidades respectivas, por cuanto los trabajadores no tienen que asumir las dificultades económicas del empleador.

Además, si efectivamente se han efectuado descuentos que no han sido trasladados oportunamente a las entidades de seguridad social, debe darse traslado a la justicia penal para que se investigue y sancione lo relativo a la disposición de los recursos parafiscales.”

Por otra parte, también ha señalado esta corporación[31] que una entidad administradora de pensiones no puede negar a un afiliado la pensión a que tiene derecho, argumentando la mora o el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que soporte tan grave perjuicio por una falta ajena a su voluntad y control, imputable al empleador y por la cual éste debe responder. Recuérdese que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“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, justo 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.”

En armonía con lo anterior, respecto del incumplimiento patronal, la precitada sentencia C-177 de 1998 indicó:

“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado.

Dicho de otra forma, retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez.[32]”

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en el pago de los aportes afecte los derechos fundamentales de quien ha cumplido los requisitos para acceder a su pensión, el legislador ha establecido medios para que las entidades administradoras los cobren y sancionen su pago extemporáneo, como forma de corregir las deficiencias en el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y proteger al afiliado[33]. Así, los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993[34] consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador.

Por su parte, sobre dicha obligación, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999, establecen los plazos para presentar los aportes y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, establece acciones para el cobro[35].

De lo expuesto surge que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la

obligación de exigir al empleador el pago oportuno de los aportes pensionales e imponer las sanciones correspondientes, no siendo posible a aquéllas alegar en su favor su propia negligencia en el cumplimiento de tal previsión legal.

También ha precisado esta corporación[36] que, estando la entidad administradora de pensiones facultada para cobrar los aportes que le adeuda el empleador, no hacerlo no la exime de cumplir sus obligaciones frente al afiliado, quien no debe soportar la carga de la negligencia del fondo, viendo frustrado su derecho pensional.

Séptima. Caso concreto.

7.1. Sea lo primero advertir que el accionante es una persona de muy avanzada edad (81 años) que, por tanto, ha sobrepasado la expectativa promedio de vida para Colombia (71 años), a lo cual suma la diabetes que padece, al igual que “otras enfermedades propias de la edad” (f. 2 cd. inicial).

La falta de fuentes de ingresos evidencia la afectación del mínimo vital, lo cual agrava la situación del peticionario, circunstancia que, aunada a la anterior, deja en claro que se está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional.

Por otra parte se observa que el actor se encuentra en circunstancia de indefensión respecto de la empresa accionada, pues como trabajador que fue de ella está en inferioridad probatoria para efectos de su reclamación laboral, toda vez que las realidades sociales, jurídicas y económicas de las relaciones laborales de nuestro medio, muestran, en principio, que es el empleador quien redacta, emite y conserva los documentos que dan fe de los vínculos laborales y su ejecución, lo cual dificulta (si no imposibilita) adelantar una reclamación laboral en igualdad de condiciones.

A ello se suma la condición social, académica y económica del accionante quien, por el oficio desempeñado para la empresa accionada, las intermitencias y los cambios de lugar, evidencia el desnivel relacional y confirma su estado de indefensión, por la dificultad para obtener y conservar la respectiva documentación y otros medios de prueba.

7.2. En cuanto a su historia laboral, la realidad muestra[37] que desde 1977 y hasta 2012, es decir durante más de 30 años (con interrupción entre 1992 y 1994), Luis Antonio

González desempeñó la misma labor para los ingenieros accionados, beneficiarios de su servicio, a través de sus diferentes empresas, la última de las cuales fue CSS Constructores S. A., vínculo que se extendió hasta febrero 29 de 2012, fecha en la cual fue terminada la relación laboral.

No está de más advertir que, según mandato constitucional[38] el derecho sustancial prevalece sobre las formalidades, al igual que la realidad[39] es principio constitucional que rige las relaciones laborales, aplicados los cuales se evidencia la unidad de designio y de propósito entre quienes fungieron como empleadores durante la mayor parte de la relación laboral y quien lo hizo durante su última etapa. Ello se refuerza con el hecho de que quienes actuaron como empleadores, personas naturales[40], han ejercido control sobre CSS Constructores S. A., como ha quedado demostrado en este trámite de tutela.

Ahora bien, no obstante la prolongada relación o las múltiples vinculaciones laborales, el accionante solo fue afiliado al Sistema General de Pensiones en agosto de 1999, lo cual realizó como empleador el ingeniero Luis Héctor Solarte Solarte. Esto se refleja en el estado de cuenta expedido por Colfondos, que registra aportes pagados entre agosto de 1999 y febrero de 2012, faltando 41 meses correspondientes a los períodos comprendidos entre julio de 2000 y agosto de 2003 (38 meses), así como octubre, noviembre y diciembre de 2005 (3 meses)[41].

De lo anterior deviene con claridad que de haber sido afiliado oportunamente por sus empleadores al sistema pensional, el accionante hubiese alcanzado el tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez, prestación que ahora no le ha podido ser reconocida por la falta de afiliación y del correspondiente pago de aportes durante el período comprendido entre 1977 y julio de 1999.

Es decir, de haber aportado desde enero de 1977 hasta julio de 2009, descontando la interrupción de dos años ocurrida entre 1992 y 1994, sumaría 30 años de aportes equivalentes a 1.530 semanas de cotización[42], suficientes para haber accedido a la pensión de vejez, de acuerdo con el régimen de transición o el general de la Ley 100 de 1993, como se expuso previamente.

Retomando las determinaciones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la Corte Constitucional ha citado[43] y esta Sala acoge[44], siendo la pensión una prestación

social que se adquiere por "la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad", es ostensible que la falta de afiliación al Instituto de Seguros Sociales Pensiones[45] entre 1977 y 1992 y al Sistema General de Pensiones[46] entre abril 1° de 1994[47] y julio de 1999, es decir durante más de 20 años, así como la falta de pago de aportes por parte de la empresa CSS Constructores S. A., han vulnerado los derechos del accionante y, de acuerdo con los argumentos y la jurisprudencia expuestos, esta Corte debe protegerlos.

7.3. En cuanto a los aportes pensionales en mora, es cierto que Colfondos tiene presente la situación por parte de los empleadores Luis Solarte Solarte (marzo de 2000 y noviembre de 2004), Carlos Alberto Solarte Solarte (diciembre de 2002) y CSS Constructores S. A. (enero de 2004, f. 30 ib.).

Frente a ello la Sala reitera que es obligación de la entidad adelantar las gestiones de cobro respectivas sobre estos u otros aportes que detecte hacen falta, pues se trata de dineros del Sistema General de Pensiones.

No obstante, mal podría obligarse a la entidad administradora a cobrar aportes pensionales correspondientes a períodos (1977 y 1992) en los que no existían, ni el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni Colfondos como administradora del mismo. Tampoco aquellos causados durante el tiempo en que, existiendo régimen y entidad, no hubo afiliación, esto es, desde abril 1° de 1994[48] hasta julio de 1999.

7.4. Por todo lo anterior, será revocado el fallo proferido en febrero 19 de 2013 por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, que confirmó el proferido en diciembre 10 de 2012 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, que negó el amparo solicitado por Luis Antonio González.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales del accionante y se ordenará a CSS Constructores S. A., reconocer y pagar la pensión de vejez a Luis Antonio González, desde el día siguiente a su desvinculación, esto es desde marzo 1° de 2012, pagando las mesadas pensionales causadas desde esa fecha y continuando su cubrimiento en la periodicidad debida.

La liquidación de esta pensión deberá realizarse con base en las normas legales vigentes a

la fecha de terminación del contrato de trabajo, actualizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, indexada a la fecha de reconocimiento aquí ordenada y hacia el futuro.

Sobre el saldo existente en la cuenta individual de Luis Antonio González en Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías, se ordenará a esta entidad devolverlos al accionante.

Del monto de las mesadas pensionales causadas, CSS Constructores S. A. podrá descontar el dinero entregado por Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías a Luis Antonio González como devolución de saldo.

Para coadyuvar a este propósito, la Defensoría del Pueblo, la Personería de Cali y el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, prestarán la colaboración al accionante con el fin de procurar el efectivo y oportuno acatamiento de lo dispuesto en esta sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo dictado en febrero 19 de 2013 por el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, que confirmó el proferido en diciembre 10 de 2012 por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que negó el amparo solicitado por Luis Antonio González, cuyos derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital se dispone TUTELAR.

Segundo. En consecuencia, ORDENAR a Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, devuelva a Luis Antonio González identificado con cédula de ciudadanía número 5.193.158, el saldo existente en su cuenta individual de pensiones.

Tercero. ORDENAR a la sociedad CSS Constructores S. A., por conducto de su representante

legal o quien haga sus veces que, si aún no lo ha efectuado, reconozca y pague la pensión de vejez al demandante Luis Antonio González identificado con cédula de ciudadanía número 5.193.158, a partir de marzo 1 de 2012, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, cubriendo las mesadas pensionales causadas desde esa fecha y continuar pagándola con la periodicidad debida. Del monto de las mesadas pensionales causadas, CSS Constructores S. A. podrá descontar el dinero entregado por Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías a Luis Antonio González como devolución del saldo de su cuenta individual de pensiones.

Cuarto. SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo, a la Personería de Cali, ciudad de residencia del accionante y al Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali, que presten la vigilancia y la colaboración que corresponda en todo lo que conduzca al efectivo y oportuno acatamiento de lo dispuesto en esta sentencia.

Quinto. Por Secretaría General de esta corporación, LÍBRESE la comunicación indicada en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Que está conectada en línea con todas las Cámaras de Comercio del país.

[2]“T-265/97 M. P. Carlos Gaviria Díaz.”

[3] “T-172/97 M. P. Carlos Gaviria Díaz.”

[4] “T-506/92, M. P. Ciro Angarita Barón; T-605/92 y T-162/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-365/93, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-036/95, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-602/96, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.”

[5]“La seguridad social, para Jambu-Merlin, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, La Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento británico... en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” Carrillo Prieto, Ignacio. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho de la Seguridad Social. Ed. Universidad Autónoma de México. México, 1981, pág. 27.

[6] Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

[7] Artículo 9º: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

[8] Seguridad Social. Un nuevo consenso. Conferencia N° 89 de la OIT 2002.

[10] Se evidencian obligaciones prestacionales de los derechos civiles y políticos; por ejemplo, la protección del derecho a la libertad de opinión, prensa e información (artículo 20 superior) conlleva la creación de diferentes organismos y sistemas reguladores, como la Autoridad Nacional de Televisión, que a su vez implica la asignación de recursos para su creación y sostenimiento. Así mismo, existen facetas negativas desprendidas de derechos económicos, sociales y culturales, como la prohibición a los Estados de realizar reformas regresivas a la seguridad social.

[11] Abramovich, Víctor. Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Ed. Trotta, Madrid, 2002, pág. 37.

[12] “Posición planteada desde la sentencia T-406 de junio 5 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.”

[13] T-122 de febrero 18 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[14] T-122 de 2010, precitada.

[15] Sentencia T - 433 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[16] T- 200 de marzo 23 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[17] Cfr. T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[18] Cfr. T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería.

[19] “Pg. 37.”

[20] Ver entre otras las sentencias T-970 de septiembre 22 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1067 de noviembre 12 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-682 de agosto 22 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-684 de junio 29 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1354 de octubre 4 de 2000, Antonio Barrera Carbonell; T-982 de diciembre 9 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-179 de abril 10 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz y T-516 de noviembre 10 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

[21] "Sentencia C-546 de 1992, M .P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero."

[22] "Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 28 de 1958."

[23] "Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 20 de 1968."

[24] Los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, fueron modificados por los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003.

[25]"Sentencia C-168 de 1995, M. P Carlos Gaviria Díaz."

[26] "El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 consagra: '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 aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.'"

[27] "El artículo 161 de la ley 100 de 1993, estipula lo siguiente: 'Deberes de los empleadores. Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán: 1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento. 2. En consonancia con el artículo 22 de esta Ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes: a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204. b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio. c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno.

(...)La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente.”

[28] “El artículo 57 del Decreto 806 de 1998 establece: ‘Suspensión de la afiliación. La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un miembro dependiente no cancele la unidad de pago por capitación adicional en los términos establecidos en el presente decreto. Cuando la suspensión sea por causa del empleador o de la administradora de pensiones, éste o ésta deberá garantizar la prestación de los servicios de salud a los trabajadores que así lo requieran, sin perjuicio de la obligación de pagar los aportes atrasados y de las sanciones a que haya lugar por este hecho, de conformidad con lo establecido por el parágrafo del artículo 210 y el artículo 271 de la ley 100 de 1993. El empleador, la administradora de pensiones o el afiliado deberá para efectos de levantar la suspensión, pagar por todos los períodos atrasados a la entidad promotora de salud, la cual brindará atención inmediata...”

[29] “Para el efecto ver sentencias T-606 de 1996, T-072, T-171, T-202, T-299 y T-398 de 1997, T-307 de 1998, y T-484 de 1999, entre otras.”

[30] “Sentencia T-703 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver en ese mismo sentido, sentencias SU-562 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-173 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-503 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. ”

[31] Cfr. SU-430 de agosto 19 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

[33] Ver también la sentencia T-205 de marzo 19 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34] Sobre el particular, la Ley 100 de 1993 dispone en su 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". Y el artículo 24 ibídem estipula: "Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes 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."

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

[36] Cfr. T-664 de julio 9 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería y T-043 de enero 27 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[37] En sentencia SU-995 de diciembre 9 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte señaló que “en esta clase de procesos preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el Decreto 2591 de 1991 al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991”.

[38] “Titulo VIII. De la Rama Judicial. Capítulo I. De las Disposiciones Generales. Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” (El resaltado no es del texto original.)

[39] “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (El resaltado no es del texto original.)

[40] Así aparece en el certificado de existencia y representación legal aportado por el apoderado general de CSS Constructores S. A., en el que se registra la situación de control sobre tal sociedad por parte de Carlos Alberto Solarte Solarte desde febrero 18 de 2002 y Luis Héctor Solarte Solarte desde marzo 31 de 2001, que obra a folio 109 del cuaderno

inicial de tutela, así como en los certificados de matrícula de persona natural de Carlos Alberto Solarte Solarte y Luis Héctor Solarte Solarte, que obran a folios 10 y 13 del cuaderno de la Corte. No obstante, este último aparece como fallecido, sin que este hecho se haya registrado en el certificado de existencia y representación legal de CSS Constructores S. A..

[41] Las discrepancias entre el empleador y el fondo de pensiones Colfondos respecto de la afiliación del accionante y la obligatoriedad de los pagos durante más de tres años debe dirimirse ante la jurisdicción ordinaria, pero no puede ser trasladada a la parte más débil de la relación.

[42] 30 años multiplicado por 51 semanas de 7 días, arroja como resultado 1.530 semanas de cotización.

[43] “Sentencia C-546 de 1992, M .P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.”

[44] “Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 28 de 1958.”

[45] Para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, según las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

[46] Creado por la Ley 100 de 1993.

[47] Fecha en que empezó a regir el Sistema General de Seguridad Social creado por la Ley 100 de 1993.

[48] Cuando empezó a regir el Sistema referido en la nota inmediatamente anterior.