

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE VEJEZ-Procedencia excepcional

PENSION DE VEJEZ BAJO EL REGIMEN CONTEMPLADO EN EL ACUERDO 049 DE 1990-Posibilidad de acumular tiempos de servicios prestados en entidades públicas cotizados en cajas o fondos de previsión social con los aportes realizados al ISS

La jurisprudencia constitucional ha sido clara frente al reconocimiento de la pensión de vejez indicando que “(...) es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al ISS, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990”.

ACUMULACION DE TIEMPOS DE SERVICIOS PRESTADOS TANTO EN EL SECTOR PRIVADO COMO EN EL SECTOR PUBLICO-Válida no solo para los casos en que fueron acreditadas 1000 semanas en cualquier tiempo, sino también para los eventos en los que se demostró haber reunido un total de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida

PENSION DE VEJEZ-Al momento de computar las semanas requeridas se debe tener en cuenta el tiempo de servicios del trabajador con un empleador que por omisión no lo hubiese afiliado al sistema general de pensiones

Cuando un trabajador no fue afiliado por su empleador al Sistema General de Pensiones, teniendo la obligación de hacerlo, dicho tiempo de servicios se debe tener en cuenta para el cómputo de semanas de cotización requeridas para el reconocimiento y pago de una pensión, previo el pago por parte del empleador, de la suma resultante del cálculo actuarial realizado por la administradora de fondos de pensiones.

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez

DERECHO A LA PENSION DE VEJEZ-Orden a empresa afiliar a la accionante a Colpensiones en calidad de trabajadora, solicitar cálculo actuarial de las cotizaciones correspondientes al

tiempo de servicios a dicha empresa y pagar la suma resultante de la operación

Referencia: Expediente T-6.232.824.

Acción de tutela interpuesta por Carlota del Socorro Molina Agudelo contra Colpensiones.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Diana Fajardo Rivera, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín¹, en primera instancia, y por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, en segunda instancia².

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia³. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Hechos y solicitud

La señora Carlota del Socorro Molina Agudelo, a través de apoderada judicial, instauró el 27 de enero de 2017 acción de tutela contra Colpensiones por considerar que esta entidad

vulneró sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que considera tiene derecho, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de semanas de cotización ya que (i) según el Decreto 758 de 1990, que sería la normativa aplicable al caso, se deben demostrar 500 semanas cotizadas “exclusivamente al ISS hoy COLPENSIONES” y la actora solo cuenta con 33, y (ii) no se pueden tener en cuenta unas cotizaciones del año 2010 que fueron pagadas en 2015 por un empleador que nunca informó la novedad de relación laboral, de tal manera que es necesario que la empresa solicite el cálculo actuarial que corresponde por la no afiliación del trabajador y pague la suma correspondiente. Funda su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. La señora Carlota Molina tiene 69 años, es viuda y su estado de salud es precario ya que sufre de un “tumor neuroendocrino con primario en intestino delgado distal, con metástasis hepática única resecable y compromiso ganglionar”. No cuenta con ningún tipo de ingreso económico y a su edad no le es posible vincularse laboralmente.

1.2. La accionante es beneficiaria del régimen de transición ya que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 ella tenía 46 años y para el 25 de julio de 2005, fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, había cotizado más de 750 semanas (779 semanas).

1.3. El 6 de octubre de 2015, la señora Carlota solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al considerar que reunía los requisitos necesarios para el efecto pero, a través de la Resolución GNR 90141 del 30 de marzo de 2016, la entidad le negó dicha petición ya que no cumplía con el requisito de semanas de cotización requeridas pues sólo contaba con 252,31 semanas cotizadas exclusivamente al Seguro Social en toda su vida laboral y solo 33,14 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y 991 semanas cotizadas al sistema de pensiones entre el sector público y privado. Ante esta decisión se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales confirmaron la decisión inicial.

1.4. La peticionaria asegura en su escrito que laboró en la Empresa Administración Postal Nacional – ADPOSTAL desde el 6 de diciembre de 1990 hasta el 15 de abril de 2005, completando así 738,71 semanas cotizadas en el sector público, cuyos aportes se realizaron

a Caprecom.

1.5. Indica que continuó laborando en el sector privado y cotizó al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a través de las empresas Todomoda Ltda (33,14 semanas), Royal West Propierties (210,31 semanas), Corporación Caminos (8,86 semanas) y la Asociación Administradora de Servicios Generales Adsocial (38,61 semanas). De acuerdo con lo anterior, afirma, cuenta con 290.92 semanas de cotización en el sector privado, más los aportes al sector público completa un total de 1.029,63 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

1.6. Señala la actora que Colpensiones tampoco le tuvo en cuenta las 38,61 semanas cotizadas por Adsocial, a pesar que dicho empleador pagó de manera extemporánea las cotizaciones y sus intereses.

1.7. Con base en lo anterior solicita se protejan sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital y se ordene a Colpensiones emitir el acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez a su favor.

2. Contestación de acción de tutela⁴

2.1. Colpensiones⁵

La entidad accionada solicita declarar improcedente la solicitud de amparo ya que no es competencia del Juez constitucional realizar un análisis de fondo frente a una prestación económica como la pensión de vejez.

3. Pruebas que obran en el expediente

3.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo, en donde consta que tiene 69 años⁶.

3.2. Historia clínica de la accionante en donde se indica que su diagnóstico es “tumor neuroendocrino con primario en intestino delgado distal, con metástasis hepática única resecable y compromiso ganglionar”⁷.

3.3. Poder para actuar como apoderada judicial dentro de la acción de tutela promovida,

otorgado por Carlota del Socorro Molina Agudelo a Mónica del S. Torres Montoya⁸.

3.4. Copia de la Resolución GNR 90141 del 30 de marzo de 2016, por la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a la señora Carlota Molina Agudelo, en la cual se indica que (i) la asegurada “es beneficiaria del régimen de transición”; (ii) de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, “no acredita 500 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ya que solo ostenta tener 252,31 semanas cotizadas exclusivamente al ISS en toda su vida laboral, de las cuales solo 33,14 semanas fueron cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad”; (iii) de acuerdo con la ley 33 de 1985, “no acredita 20 años continuos o discontinuos de servicios públicos”; (iv) en cuanto a la Ley 71 de 1988 la “asegurada cuenta con la edad requerida, mas no acredita 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo de carácter público”. Finalmente, (v) “no logra acreditar los requisitos mínimos de semanas cotizadas (1.300)”, de conformidad con la Ley 797 de 2003⁹.

3.5. Notificación de la Resolución No. GNR90141 del 30 de marzo de 2016 a la señora Carlota Molina Agudelo, de fecha 19 de abril de 2016¹⁰.

3.6. Copia de la Resolución GNR 219296 del 27 de julio de 2016 por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 90141 del 30 de marzo de 2016, en la cual se confirma la decisión inicial respecto de la petición pensional de la señora Carlota Molina¹¹.

3.7. Oficio BZ2016_4168335-2579900 de fecha 29 de septiembre de 2016, suscrito por la Gerente Nacional de Servicio al Ciudadano de Colpensiones, dirigido a la accionante, en el que le indica que debe presentarse en un punto de atención de la entidad para notificarse de forma personal del acto administrativo que resuelve su petición de prestación pensional¹².

3.8. Copia de la Resolución No. VPB 37314 del 27 de septiembre de 2016 por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución 90141 del 30 de marzo de 2016, interpuesto por la señora Carlota Molina Agudelo, en el que se confirma la decisión¹³.

3.9. Notificación de la Resolución No. VPB 37314 del 27 de septiembre de 2016 a la señora Carlota Molina Agudelo, de fecha 11 de octubre de 2016¹⁴.

3.10. Copia del reporte de semanas cotizadas por la señora Carlota Molina, expedido por Colpensiones, para el periodo comprendido entre el 20 de marzo de 1990 y el 31 de diciembre de 2010. En dicho consolidado aparecen los aportes hechos por Adsocial entre abril y diciembre de 2010 con la anotación de “No registra la relación laboral en afiliación para este pago”. Sin contabilizar los anteriores aportes, se señala un total de semanas cotizadas de 252.2915 (aquí no se tuvieron en cuenta los aportes a Cajanal – UGPP).

3.11. Copia de las planillas de reporte individual de “SuAporte” en donde aparecen los pagos correspondientes a los periodos de abril a diciembre de 2010 hechos por la Asociación Administradora de Servicios Generales – Adsocial a Colpensiones a nombre de la accionante. Aparece como fecha de pago 6 de octubre de 201516.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Primera instancia

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del 10 de febrero de 2017, resolvió negar las pretensiones de la señora Carlota Molina al considerar que se trata de un litigio referente al sistema de seguridad social dirigido a conseguir que el empleador Adsocial pague la suma adeudada según el cálculo actuarial hecho por la entidad, para que el tiempo cotizado sea tenido en cuenta al contabilizar las semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, lo cual debe ser dirimido por la justicia ordinaria laboral.

4.2. Impugnación

La accionante impugnó la decisión de primera instancia, reafirmando su pretensión de reconocimiento y pago de pensión de vejez. Argumentó que su empleador Adsocial ya canceló las cotizaciones que se encontraban en mora, por lo tanto, deben ser tenidas en cuenta al momento de contabilizar las semanas necesarias para acceder a dicha prestación.

4.3. Segunda instancia

El 3 de abril de 2017, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, Antioquia, confirmó la decisión de primera instancia. Argumentó que (i) no se visualiza un perjuicio irremediable. (ii) Colpensiones se encontraba en imposibilidad de asumir el cobro toda vez que no tenía conocimiento del vínculo que unía a la accionante con su empleador.

(iii) Lo pretendido por la accionante – corrección de historia laboral y reconocimiento de pensión de vejez, es materia de otra jurisdicción que escapa de la órbita del juez constitucional, ya que lo que se discute es un asunto eminentemente administrativo y no de rango constitucional, razón por la que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para hacer valer los derechos de la accionante.

5. Trámite ante la Corte Constitucional

5.1. Por auto del 11 de julio de 2017, la Sala de Selección No. 7, conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez, seleccionó y acumuló los expedientes T-6.227.585 y T-6.232.824 ordenando su asignación al despacho de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger. El reparto fue efectuado el 27 de julio de 2017.

5.2. El 12 de octubre de 2017 la Secretaría General de la Corte Constitucional, remitió al Despacho el oficio BZ2017_10772748 del 10 de octubre, suscrito por Diego Alejandro Urrego Escobar, Director de Acciones Constitucionales con funciones Asignadas de Jefe de Oficina Asesora de Asuntos Legales de Colpensiones, por medio del cual solicitó que (i) se declare la nulidad de todo lo actuado, (ii) se vincule al trámite tutelar a la Asociación Administradora de Servicios Generales, y (iii) se declare la improcedencia de la acción por cuanto no es el mecanismo idóneo para solicitar una prestación económica y no se advierte perjuicio irremediable.

A su escrito adjunta (i) copia del formulario de “Solicitud de Correcciones de Historia Laboral”¹⁷ radicado ante Colpensiones el 28 de octubre de 2015 y (ii) Oficio SEM-1037702 de fecha 18 de agosto de 2016 en el que Colpensiones le indica a la actora que la solicitud de corrección presentada no es posible llevarla a cabo teniendo en cuenta que para la fecha no se tiene novedad de relación laboral con dicho empleador¹⁸.

5.3. Por auto del 24 de octubre de 2017, la Sala Séptima de Revisión ordenó (i) la desacumulación de los expedientes T-6.227.585 y T-6.232.824 ya que en el trámite de revisión no se encontró que ambos tuvieran unidad de materia; (ii) la vinculación al trámite de tutela de la Asociación Administradora de Servicios Generales Adsocial, advirtiéndole que tenía la posibilidad de (a) solicitar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la tutela para lograr concurrir al trámite de instancia en defensa de sus intereses, o (b) proseguir con el trámite constitucional que se adelanta en esta Corporación, en el estado en

que se encuentra, en los términos del artículo 137 del Código General del Proceso; (iii) que en caso de que la elección de la vinculada fuera la de proseguir con el trámite constitucional que se adelanta en esta Corporación, en el estado en que se encuentra, debía informar a este Despacho: (a) si afilió a la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo al Sistema de Seguridad Social, en qué fecha y a qué administradora de pensiones, y (b) qué cotizaciones ha realizado respecto de la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo, a qué periodos corresponden y la fecha de pago; y (iv) suspender por 30 días los términos para fallar.

5.4. El 15 de noviembre de 2017, la Secretaría General de la Corte Constitucional, remitió a este Despacho oficio en el que indica que el Auto del 24 de octubre de 2017 “fue comunicado mediante estado No. 683 y oficio OPTB-2810/17 del 27 de octubre de 2017 y durante dicho término NO se recibió comunicación alguna”.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

1.1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

1.2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela fue interpuesta por Carlota del Socorro Molina Agudelo, a través de apoderada. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta¹⁹, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo,²⁰ encargada de resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales de los afiliados y pensionados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en este caso, de la señora Molina Agudelo.

El escrito tutelar fue radicado el día 27 de enero de 2017 y la accionante se notificó de la Resolución que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo que le niega la pensión de vejez el 11 de octubre de 2016, es decir, solo trascurrieron poco más de 3 meses entre la última actuación por parte de la tutelante y la solicitud de protección de los derechos fundamentales, lo que para la Sala es un tiempo razonable.

El amparo constitucional resulta procedente en aquellos eventos en que existiendo otros mecanismos ordinarios de protección, éstos se tornan ineficaces y carecen de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección.

El asunto analizado reviste importancia constitucional, teniendo en cuenta que están de por medio garantías fundamentales como el derecho al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social de una persona que ya no tiene una vida laboral activa debido a su edad y a sus padecimientos y que no tiene un ingreso fijo que le permita satisfacer sus necesidades básicas, lo que la pone en un estado de vulnerabilidad. En el expediente existen pruebas de la posible titularidad del derecho exigido y, además, se desplegó la actividad administrativa necesaria, tendiente a obtener la protección, y a pesar de que no se agotaron todos los mecanismos de defensa que existen para el efecto, éstos, como se dijo, no constituyen un mecanismo idóneo. De tal manera, la Sala considera que la acción de tutela es procedente de manera definitiva.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Corte resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera Colpensiones, los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de su afiliada, al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez con fundamento en (i) que no cumple con los requisitos de semanas de cotización requeridos por el Acuerdo 049 de 1990 por la imposibilidad de acumular los tiempos de servicios cotizados ante administradoras de fondos de pensiones diferentes al Instituto de Seguros Sociales, de manera que los aportes deben ser exclusivamente a esta última, y (ii) en que no es posible tener en cuenta los periodos pagados de manera extemporánea por la Asociación Administradora de Servicios Generales Adsocial, para la verificación de dicho requisito, por cuanto no se ha realizado el cálculo actuarial necesario para hacer el pago correspondiente y que éste se aplique a los periodos reportados, ya que no se hizo la afiliación de la trabajadora por parte de dicha empleadora?

Para el efecto, a continuación se hará referencia a (i) la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados en administradoras de fondos de pensiones diferentes al ISS y (ii) la normativa aplicable a la omisión por parte del empleador de afiliar a sus trabajadores y la obligación de trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente a los aportes adeudados; para finalmente analizar el caso concreto.

3. Posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados ante Cajas de Previsión diferentes al Instituto de Seguros Sociales, ISS

3.1. Frente a la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados a Cajas de Previsión diferentes al ISS, esta Corporación unificó su jurisprudencia en la sentencia SU-769 de 2014. En aquella oportunidad, la Corte se enfrentó al caso de un ciudadano que solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, por considerar que acreditaba 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida, de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Colpensiones sostuvo que no era posible acumular los tiempos de servicios laborados en entidades estatales con las semanas cotizadas al ISS, “(...) por cuanto la única normatividad que permite realizar dicha acumulación es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003”.²¹

3.2. Para resolver el problema jurídico, la Corte explicó que a partir de las posibles interpretaciones que podían dársele al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990,²² al interior de la Corporación surgieron diferentes posturas en las Salas de Revisión acerca de la posibilidad de acumular semanas de cotización en entidades públicas y privadas:

(i) Una posición afirmaba que “(...) los beneficiarios del régimen de transición deben haber cotizado todo el tiempo de servicios exigido por la ley exclusivamente a esa entidad, sin que sea posible acumular las semanas aportadas a otros fondos o cajas de previsión social, públicas o privadas”.²³ Pues el Acuerdo 049 de 1990 fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, para regular exclusivamente las prestaciones reconocidas por ese Instituto, y éste no contempla la posibilidad de acumular semanas cotizadas a otras entidades. Además, el requisito de 500 semanas cotizadas en los años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, “(...) fue en su momento un tipo de transición, para que los empleadores privados afiliaran a sus trabajadores más antiguos, a quienes no se

había concedido pensión, a fin de que cotizaran en el ISS, por lo menos 10 años, y se les fuera concedida una pensión de jubilación”.²⁴

(ii) Mientras que otra tesis afirmaba que para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, era posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público, cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado, cotizados al ISS. Esto, por cuanto dicha disposición “(...) no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993”.²⁵

(iii) Una tercera teoría, explicaba que la posibilidad de realizar la acumulación de semanas, solo era factible frente al supuesto de las 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Lo cual dejaba por fuera a la hipótesis de las 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida y por tanto no era posible aplicar la regla jurisprudencial explicada en el punto anterior.

4. Normativa aplicable cuando no existe afiliación del trabajador por parte del empleador a una administradora de fondos de pensiones

4.1. La Ley 100 de 1993, en su artículo 33, señala que al momento de computar las semanas requeridas se debe tener en cuenta el tiempo de servicios con un empleador que por omisión no lo hubiese afiliado al sistema general de pensiones:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.

(...)

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

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

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos

servidos en regímenes exceptuados;

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

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

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

4.2. Aunado a lo anterior, la referida norma consideró necesario para el cómputo de dichos periodos, que el empleador o caja trasladen la suma resultante del cálculo actuarial que corresponda a las cotizaciones del trabajador, a satisfacción de la entidad administradora:

“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”.

4.3. Por otra parte, el Decreto 1748 de 1995, artículo 57 “Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993”, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, reiteró la necesidad de solicitar y pagar la suma que arroje el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones del trabajador no afiliado, con el fin de que puedan ser computadas para el reconocimiento y pago de una prestación pensional:

“Artículo 57. Traslados.

(...)

En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir

de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994” (Subraya fuera de texto).

4.4. De lo anterior se concluye que cuando un trabajador no fue afiliado por su empleador al Sistema General de Pensiones, teniendo la obligación de hacerlo, dicho tiempo de servicios se debe tener en cuenta para el cómputo de semanas de cotización requeridas para el reconocimiento y pago de una pensión, previo el pago por parte del empleador, de la suma resultante del cálculo actuarial realizado por la administradora de fondos de pensiones.

5. Análisis del caso concreto.

En esta ocasión, corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante, que tiene 69 años de edad, sin un ingreso económico fijo que le permita satisfacer sus necesidades básicas y quien, además, tiene un “tumor neuroendocrino con primario en intestino delgado distal, con metástasis hepática única resecable y compromiso ganglionar”, fueron conculcados por Colpensiones, al negar el reconocimiento y pago de su pensión de vejez argumentado que no cumple con el requisito de semanas cotizadas por la imposibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados ante administradoras de fondos de pensiones diferentes al Instituto de Seguros Sociales.

5.1. En primer lugar, se analizará el argumento que usó Colpensiones acerca del incumplimiento del requisito de semanas de cotización exigido por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Al respecto la entidad, en la Resolución GNR 90141 del 30 de marzo de 2016 señaló:

“Que si bien el (la) asegurad(a) cuenta con la edad requerida para acceder a la pensión de vejez, no acredita 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, ni mil semanas cotizadas en cualquier tiempo (...).

(...) no es viable el reconocimiento de la prestación (...) toda vez que el asegurado solo

ostenta tener 252,31 semanas cotizadas exclusivamente al ISS en toda su vida laboral, de las cuales solo 33,14 semanas fueron cotizadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los [55] años de edad, es decir del 24 de Febrero de 1983 al 24 de Febrero de 2003” (Subraya presente en el texto).

En la Resolución GNR 219296 del 27 de julio de 2016, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la Resolución anterior, Colpensiones señaló lo siguiente:

Finalmente, en la Resolución VPB 37314 del 27 de septiembre de 2016, por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 90141 de 2016, la entidad indicó:

“Que si bien es cierto cumple con la edad por acreditar más de 55 años, una vez verificada la historia laboral, se observa que no cumple con las 1000 semanas en cualquier tiempo, tan solo cumple con 995 semanas de cotización al 31 de diciembre de 2014 al ISS hoy Colpensiones y tampoco cumple con las 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir entre el 25/02/1983 y el 24/02/2003 tan solo acredita 33,14 semanas de cotización exclusivas al ISS hoy COLPENSIONES, de manera que se encuentra improcedente el reconocimiento de conformidad con el Decreto 758 de 1990” (subraya fuera de texto).

De lo anterior se concluye que la entidad niega el reconocimiento pensional con fundamento en que la señora Carlota Molina no cotizó 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, de manera exclusiva al ISS hoy Colpensiones, lo cual, como se explicó en las consideraciones de la presente providencia, contradice el precedente jurisprudencial sentado en la materia por la Sala Plena de esta Corporación y va en contravía los principios de favorabilidad y pro homine.

Se reitera que la jurisprudencia constitucional ha sido clara frente al reconocimiento de la pensión de vejez indicando que “(...) es posible acumular los tiempos de servicios cotizados a las cajas o fondos de previsión social, con las semanas de cotización efectuadas al ISS, por cuanto la exclusividad en los aportes a esta entidad se trata de un evento no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990”.²⁷

Ahora bien, del material probatorio obrante en el expediente se verifica que:

(i) la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo nació el 24 de febrero de 1948, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 46 años y cumplió 55 años el 24 de febrero de 2003;

(ii) la señora Molina Agudelo presenta las siguientes cotizaciones, certificadas y contabilizadas por Colpensiones:

Administradora

Periodo

Días cotizados

Colpensiones

20/03/1990 al 06/11/1990

232

UGPP

05/12/1990 al 15/04/2005

5171

Colpensiones

01/06/2005 al 02/04/2010

1565

TOTAL

6968

(iii) la accionante es beneficiaria del régimen de transición en tanto a la entrada en vigencia

de la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años (46 años) y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005) tenía más de 750 semanas cotizadas (779 semanas).

Como la actora es beneficiaria del régimen de transición es procedente analizar su derecho pensional frente al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el cual exige (i) tener más de 55 años de edad si es mujer y (ii) 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 en cualquier tiempo.

Al verificar si la señora Carlota Molina cumple los requisitos de la norma se tiene que:

(i) tiene 69 años de edad y cumplió 55 el 24 de febrero de 2003;

(ii) en el periodo comprendido entre el 24 de febrero de 1983 y el 24 de febrero de 2003 (20 años anteriores a la edad de 55 años) la accionante cotizó 4.632 días correspondientes a 661 semanas (más de 500) así:

Empleador

Periodo

Días

Todomoda Ltda.

20/03/1990 al 06/11/1990

232

Adpostal

05/12/1990 al 24/02/2003

4400

TOTAL

4632

De acuerdo con lo anterior se concluye que la accionante cumple con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez de acuerdo con el Decreto 758 de 1990.

Así las cosas, Colpensiones en razón a la decisión adoptada mediante la Resolución GNR 90141 del 30 de marzo de 2016 y aquellas que la confirmaron en reposición y apelación, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo por cuanto la posición adoptada por la entidad, tendiente a negar la acumulación de tiempos de servicios cotizados ante administradoras de fondos de pensiones diferentes al ISS, y la consecuente negativa a reconocer y pagar la pensión vejez a favor de la accionante, contraviene los principios de favorabilidad y pro homine.

Por lo que a continuación se (i) revocarán las sentencias proferidas por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín y la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, el 10 de febrero y 3 de abril de 2017, en primera y segunda instancia respectivamente, que negaron la acción de tutela de la referencia, para en su lugar conceder el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo; y (ii) ordenará a Colpensiones, reconocer a favor de la accionante la pensión de vejez y el pago del retroactivo correspondiente²⁸.

5.2. En segundo lugar, frente a la solicitud de la accionante de la inclusión de los periodos pagados de manera extemporánea por el empleador Asociación Administradora de Servicios - Adsocial, se entiende que la señora Carlota del Socorro presentó formulario de corrección de historia laboral ante Colpensiones²⁹ solicitando la inclusión de dichos periodos (04/2010 al 12/2010) y ésta le respondió dicha petición, a través del oficio SEM-1037702 de fecha 18 de agosto de 2016³⁰ indicándole que:

“los ciclos 2010/04 a 2010/12, fueron cancelados por ASOCIACIÓN ADMINISTRADORA DE SERVICIOS Nit 900153322, de forma extemporánea, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, ni existe afiliación a Colpensiones, razón por la cual no contabilizan en la historia laboral; para solucionar dicha inconsistencia le sugerimos requerir al empleador copia de la afiliación con el ISS y copia de la reserva actuarial con pago expedida por el ISS o Colpensiones; una vez tenga los documentos deberán radicarlos en un Punto de Atención al Ciudadano. En caso de no contar con los soportes mencionados el empleador deberá solicitar la devolución de los aportes en mención y posteriormente solicitar

el cálculo actuarial a Colpensiones de dichos aportes, para que le sean aplicados en su Historia Laboral”.

Ante la respuesta de la entidad a la actora y la inexistencia en el expediente de prueba de afiliación al ISS, hoy Colpensiones, de la señora Molina por parte del empleador Adsocial, en sede de revisión se vinculó a dicha empresa y se le solicitó copia de la afiliación si es que existía, a pesar de que en el escrito de impugnación la apoderada judicial de la peticionaria indicó que no era necesaria una nueva afiliación ya que la señora Carlota estaba afiliada desde “el primero de julio del año 2005 y desde esta fecha sus empleadores realizaron las cotizaciones al sistema de pensiones” por lo cual, siempre ha sido cotizante activa, razón por la que “al cambiar de empleador con el sólo pago de la cotización por parte del nuevo empleador continua como afiliada activa”, de tal manera que “no necesita afiliación al sistema de pensiones cada que cambie de empleador”, de lo que se concluye que Adsocial nunca hizo la afiliación o el reporte de novedad de ingreso. La empresa no atendió la solicitud de la Sala y no dio respuesta a la acción de tutela.

Así las cosas, y de acuerdo con la normativa al respecto reseñada en las consideraciones previas de esta providencia, Colpensiones no vulneró derecho fundamental alguno al no incluir en la contabilización de semanas cotizadas para efectos de la solicitud de pensión, las semanas pagadas de manera extemporáneamente por Adsocial, ya que no se reportó la novedad de ingreso de la actora como trabajadora de dicha empresa, de tal manera que no le era posible a Colpensiones entender que existía un vínculo laboral activo para esa fecha (2010) y, por lo tanto, no es posible atribuirle un allanamiento a la mora al aceptar los pagos como extemporáneos.

El procedimiento a seguir en este caso, es el indicado por la entidad a la señora Carlota, esto es, Adsocial debe solicitar la devolución de los pagos hechos en el 2015 y el cálculo actuarial de las cotizaciones correspondientes al tiempo de servicios de la trabajadora. Posteriormente debe realizar la afiliación de la accionante y realizar el pago que corresponda según el cálculo actuarial a Colpensiones, para que sea incluido y contabilizado en la historia laboral

De tal manera que, a pesar de que el tiempo de servicios no contabilizado, correspondiente al empleador Adsocial no tiene incidencia en la contabilización de semanas cotizadas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Molina que se está

ordenando, en aras de corregir su historia laboral y de que dichos periodos se incluyan para efectos de la liquidación de la mesada pensional se ordenará a Adsocial que haga la correspondiente afiliación de la señora Carlota Molina a Colpensiones, solicite a dicha Administradora el cálculo actuarial de las cotizaciones que corresponden al tiempo de servicio de la accionante a dicha empresa, y pague la suma resultante de la operación.

III. DECISIÓN

Colpensiones vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sus afiliados, cuando se niega a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en la imposibilidad de acumular los tiempos de servicios cotizados ante administradoras de fondos de pensiones diferentes al ISS.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en Auto del veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Segundo.- REVOCAR la sentencia del tres (3) de abril de dos mil diecisiete (2017) proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral que confirmó el fallo del diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017) dictado por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante el cual se negó el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora, en su lugar, CONCEDER el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones GNR 90141 del 30 de marzo de 2016, GNR 219296 del 27 de julio de 2016 y VPB 37314 del 27 de septiembre de 2016 expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que negaron el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por Carlota del Socorro Molina Agudelo.

Cuarto.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho

(48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague a la señora Carlota del Socorro Molina Agudelo la pensión de vejez a que tiene derecho y el retroactivo correspondiente a las mesadas dejadas de percibir en los términos de ley desde los tres años anteriores a la solicitud (6 de octubre de 2015) hasta su inclusión efectiva en nómina de pensionados.

Quinto.- ORDENAR a la Asociación Administradora de Servicios Generales - Adsocial- que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de esta sentencia, haga la correspondiente afiliación de la señora Carlota del Socorro Molina a Colpensiones como su trabajadora, solicite a dicha Administradora el cálculo actuarial de las cotizaciones que corresponden al tiempo de servicio de la accionante a dicha empresa, y pague la suma resultante de la operación, lo cual no debe interferir en el cumplimiento de la orden del numeral anterior.

Sexto.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Sentencia proferida el diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

2 Sentencia proferida el tres (3) de abril de dos mil diecisiete (2017).

3 Sala de Selección Número Siete, conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez. Auto de selección del 11 de julio de 2017, notificado el 27 de julio de 2017.

4 El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín profirió el 30 de enero de 2017, Auto en que se admite la acción de tutela y se notifica a la accionada para que en dos días presente los informes respectivos frente a los hechos.

5 Escrito radicado ante el Juzgado de instancia el 3 de febrero de 2017. Folios 50 al 67, cuaderno 2 del expediente.

6 Folio 9, cuaderno 2 del expediente.

7 Folios 30 al 47, cuaderno 2 del expediente.

8 Folio 6, cuaderno 2 del expediente.

9 Folios 8 al 10, cuaderno 2 del expediente.

10 Folio 7, cuaderno 2 del expediente.

11 Folios 56 al 60, cuaderno 2 del expediente.

12 Folio 11, cuaderno 2 del expediente.

13 Folios 13 al 17, cuaderno 2 del expediente.

15 Folios 18 y 19, cuaderno 2 del expediente. Este total es diferente al señalado en el hecho 1.3. de esta providencia (252.31) y que fue extraído de la Resolución GNR 90141 de marzo de 2016 expedida por Colpensiones, sin embargo, no hay una razón que explique dicha diferencia.

16 Folios del 20 al 28, cuaderno 2 del expediente.

17 Folios 20 y 21, cuaderno 1 del expediente.

18 Folio 22, cuaderno 1 del expediente.

19 Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

20 Decreto número 2011 del 28 de septiembre de 2012 por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES y se dictan otras disposiciones.

21 Corte Constitucional, sentencia SU-769 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

22 Según el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios y aprobado por el Decreto Reglamentario 758 del mismo año, tienen derecho a la pensión de vejez las personas que hayan cumplido la edad mínima pensional (60 años para los hombres y 55 para las mujeres) y que hayan cotizado un mínimo de 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

23 Corte Constitucional, sentencia SU-769 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

24 Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

25 Corte Constitucional, sentencia SU-769 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

26 Ibídem.

27 Corte Constitucional, sentencia SU-769 de 2014 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

28 De acuerdo con el artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que señala “ARTICULO 6o. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. (...) Mientras esté pendiente el

agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción. (...)", y el 488 del Código Sustantivo del Trabajo que indica "ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto", la reclamación presentada por la actora el 6 de octubre de 2015 suspendió el término de la prescripción de la respectiva acción. En efecto, la accionante presentó acción de tutela el 27 de enero de 2017 (3 meses después de que se notificó de la última actuación expedida por Colpensiones) y la solicitud administrativa se hizo el 6 de octubre de 2015 así, el retroactivo a pagar corresponde a tres años anteriores a la reclamación administrativa hasta su inclusión efectiva en nómina de pensionados.

29 Folio 20, cuaderno 1 del expediente.

30 Folio 22, cuaderno 1 del expediente.