

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el reconocimiento y cobro de acreencias laborales y pensionales

#### ALLANAMIENTO A LA MORA EN EL CASO DE COBRO DE PENSIONES

En diversos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reiterado su posición en el sentido de afirmar que, cuando los aportes a la seguridad social, se realizan de manera extemporánea o dejan de hacerse, existe la obligación de la entidad de seguridad social encargada de administrarlos, de adelantar el procedimiento legal correspondiente para obtener el pago efectivo de dichos aportes, a fin de garantizar, por una parte, la sostenibilidad del sistema, y por la otra, asegurar el pago efectivo de los derechos amparados por el sistema de seguridad social, como las incapacidades, licencias de maternidad y pensiones. Ahora bien, cuando las entidades encargadas de administrar los aportes al sistema general de seguridad social, en salud y pensiones, dejan de recibir dichos aportes, y los reciben con posterioridad a la fecha correspondiente para su pago, o no realizan las gestiones orientadas a obtener su pago, conforme las herramientas establecidas en la ley para este efecto, se entiende que se allanan a la mora, siendo necesario que asuman las consecuencias de su negligencia, sin que los efectos nocivos de dicha circunstancia puedan ser trasladados al trabajador que requiere la prestación de los servicios de salud o que reclama su pensión por cumplir ya con los requisitos para acceder a ella. Aunque esta figura tuvo su origen en el ámbito de las licencias de maternidad, la Corte Constitucional ha extendido su aplicación a circunstancias similares, en las que las entidades del sistema general de seguridad social, se han negado a las prestaciones que les corresponden, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos, sin que hubieran actuado para remediar esta situación, conforme las herramientas establecidas en la ley. Así, la Corte ha extendido su aplicación, como puede verse del recuento hecho, a otros ámbitos como el de las pensiones y el de las incapacidades

#### DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión

En este sentido la Corporación, continuó el camino ya iniciado por la Jurisprudencia, en relación con el derecho a la seguridad social, en las que ya se había consolidado que una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, dicha circunstancia deja de ser una mera expectativa y se convierte en un auténtico derecho que hace parte de su patrimonio

ALLANAMIENTO A LA MORA POR EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Recibió extemporáneamente pago de aportes a seguridad social en pensiones, en unos casos y no cobró dichas sumas en otros casos

En el presente caso, la entidad demandada se ha allanado a la mora. La justificación de esta conclusión se basa en los documentos que figuran como prueba de la solicitud de amparo, que indican que en efecto, (i) el accionante ha cotizado desde 1979, (ii) su empleadora incurrió en mora en el pago de algunos aportes, (iii) el Seguro Social cobró algunos aportes, celebrando un acuerdo de pago, pero (iv) aparecen períodos sin cotización, sin que exista por parte de la entidad demandada acción de cobro. No es claro entonces, porque en una oportunidad anterior, el Seguro Social ejerció sus competencias legales para cobrar y celebrar acuerdos de pago, para la cancelación de los aportes atrasados y en los períodos que se reportan sin cotización, no ejerció dicha competencia. Esta actitud, es justamente la que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado, como un comportamiento institucional que da lugar al allanamiento a la mora de la entidad encargada de la administración de los aportes, y a la concesión del amparo

Referencia: expediente T-2681380

Acción de tutela interpuesta por José Arístides Betancur Cárdenas contra el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Risaralda (ISS).

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010).

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados en el asunto de la referencia, en la acción de tutela promovida por José Arístides Betancur Cárdenas contra el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Risaralda.1

Como la Corte Constitucional en varios pronunciamientos se ha ocupado del problema jurídico que suscita la presente acción de tutela, la Sala Primera de Revisión de esta

Corporación decide reiterar lo ya dispuesto por su jurisprudencia en este tipo de casos. Por consiguiente, de acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, la presente sentencia será motivada brevemente.<sup>2</sup>

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demandas de Tutela

1.1. José Arístides Betancur Cárdenas, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales –Seccional Risaralda–, por considerar que con, la negativa de dicha entidad a reconocer su pensión, se vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Afirmó que presentó solicitud para que le fuera reconocida su pensión, la que fue negada por la accionada, por considerar que no reunía las semanas necesarias para acceder al derecho.<sup>3</sup> Manifestó que cotizó al sistema como trabajador dependiente desde 1974 hasta 1996 y como trabajador independiente afiliado a Prosperar desde el 01 de octubre de 1997, pese a lo cual, al momento de presentar la tutela, su historia laboral sólo registra 971.14 semanas, sin que le hayan tenido en cuenta las semanas correspondientes al período comprendido entre 1980 y 1994, porque según le informa la entidad, su empleadora no canceló los aportes. Según el accionante, sumado el tiempo completo laborado y cotizado al sistema, tendría un total de 1693.14 semanas, cifra superior a la requerida para acceder al derecho a la pensión.

Asegura que, en consulta realizada ante el ISS, esta entidad le informa que se reporta una deuda de su empleadora con el sistema, debido al no pago de aportes en el período comprendido entre 1980 y 1994, y que aunque la deuda se encuentra en cobro coactivo, este tiempo no puede ser tenido en cuenta para efectos de reconocer la pensión. Manifiesta que no se le puede negar su derecho sobre la base de la falta del pago de aportes por parte del empleador, pues es la administradora la obligada a realizar el cobro respectivo, por lo que la entidad accionada ha vulnerado varias disposiciones de la Ley 100 de 1993 y los derechos fundamentales invocados.

1.2. El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, por medio de la Resolución No. 004673 de 2008, dio respuesta a la solicitud del accionante, negando la pensión de vejez.

Para la entidad accionada, conforme lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición se aplica a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones, tuvieran 35 años si es mujer, o 40 años si es hombre, o 15 años de servicios cotizados. Afirmó, por otra parte, que el régimen aplicable en transición para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales exige tener 60 años o más de edad si es hombre o 55 si es mujer y 500 semanas pagadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 1000 semanas cotizadas, en cualquier época, para adquirir el derecho a la pensión, conforme lo dispuesto por el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990.

La entidad afirmó que el accionante cotizó un total de 844 semanas, 433 de las cuales corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida. Para el ISS, si bien es cierto que el accionante cumple el requisito de la edad, no con el número mínimo de semanas cotizadas, por lo cuál negó la prestación solicitada.

Interpuesto el recurso de reposición contra esta Resolución, el ISS, Seccional Risaralda, mediante Resolución 9821 de octubre 01 de 2008, resolvió confirmar la decisión recurrida, porque considera que el accionante no cumple con los requisitos establecidos en la ley para acceder a su derecho a la pensión.

2. Contestación del Instituto de Seguros Sociales -Seccional Risaralda- frente a la acción de tutela interpuesta.

2.1. El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, no dio respuesta a la acción de tutela en este caso.

3. Decisiones de instancia que se revisan

3.2. El accionante impugnó el fallo, insistiendo en la vulneración de sus derechos fundamentales a la pensión y consiguientemente al mínimo vital y a la vida en condiciones de dignidad. Afirmó en su escrito que la tutela sí resulta ser un mecanismo procedente cuando la negativa sobre la pensión deriva en una afectación del mínimo vital. Además, señaló que el cobro a su empleador de las semanas en mora para el pago de los aportes a

pensión, debió hacerlo el ISS porque era su obligación.

3.3. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira resolvió la impugnación, confirmando la decisión de primera instancia. Para el Tribunal, la tutela es improcedente para el reconocimiento de pensiones, salvo que se conceda el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que no se probó en el caso. Además, la tutela no cumplió con el requisito de inmediatez.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

José Arístides Betancur Cárdenas interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, por considerar que, con la negativa de dicha entidad a reconocerle su pensión, se vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Argumenta que cotizó al sistema como trabajador dependiente desde 1974 hasta 1996 y como trabajador independiente afiliado a Prosperar desde el 01 de octubre de 1997, pese a lo cual, al momento de presentar la tutela su historia laboral sólo registra 971.14 semanas, pero sin que le hayan sido tenidas en cuenta las semanas correspondientes al período comprendido entre 1980 y 1994, con base en que su empleador no canceló los aportes correspondientes. Según el accionante, sumado el tiempo completo laborado y cotizado al sistema, tendría un total de 1693.14 semanas, muy por encima de lo requerido para acceder al derecho a la pensión.

Por su parte, la entidad demandada si bien no dio respuesta a la acción de tutela, sí se manifestó en las respuestas dadas al accionante frente a la solicitud de pensión, sosteniendo en las Resoluciones proferidas que, aunque el demandante sí se encuentra dentro del régimen de transición, no reúne el número mínimo de semanas requeridas para acceder a la

pensión de vejez.

Así las cosas, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿desconoce una entidad encargada de la administración de los aportes a la seguridad social en pensiones (Instituto de Seguros Sociales - Seccional Risaralda), el derecho fundamental a la seguridad social de un afiliado, al negarse a reconocer y pagar una pensión de vejez, sobre la base de que el accionante no ha cotizado al sistema general de seguridad social en pensiones el mínimo de semanas requeridas conforme el régimen aplicable, porque su empleador no canceló los aportes oportunamente y la administradora de estos aportes no efectuó el cobro respectivo?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala reiterará brevemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y cobro de acreencias laborales y pensionales, reiterará la jurisprudencia de esta Corporación sobre allanamiento a la mora del empleador, en el pago de los aportes la seguridad social en pensiones y, finalmente, se ocupará del análisis detallado del caso y lo resolverá.

### 3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y cobro de acreencias laborales y pensionales

La Corte ha señalado de manera reiterada que, por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones. Para estos propósitos existen medios ordinarios idóneos cuando no se evidencia la vulneración de un derecho fundamental,<sup>4</sup> o la acción no se ha interpuesto para evitar un perjuicio irremediable.<sup>5</sup> Para esta Corporación, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos,<sup>6</sup> la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>7</sup>

Para determinar si la acción de tutela es procedente, la Corte ha señalado dos aspectos distintos. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aun si existe pero éste es ineficaz para el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.<sup>8</sup>

Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.<sup>9</sup>

Cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha establecido, en esencia, dos presunciones de afectación al mínimo vital.<sup>10</sup> De un lado, cuando se dé un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones, estimándose el término de más de dos meses como suficiente para tal efecto;<sup>11</sup> y, de otro, un incumplimiento aún inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos.<sup>12</sup> Si no se dan las condiciones reunidas en estas hipótesis, aunque no se presuma su afectación, todavía puede considerarse vulnerado el derecho al mínimo vital cuando el actor pruebe así sea sumariamente, que su subsistencia digna se ve conculcada por el incumplimiento. No obstante, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, los hechos en los que basa sus pretensiones.<sup>13</sup>

La Corte analiza las circunstancias concretas en cada caso,<sup>14</sup> teniendo en cuenta, por ejemplo, la calidad de la persona que alega la vulneración del mínimo vital, el tiempo durante el cual se ha afectado supuestamente ese derecho, el tipo de pago reclamado y el tiempo que deberá esperar para que sea resuelta la acción ordinaria a través de la cual puede reclamar el pago de sus acreencias laborales o pensionales.

#### 4. Allanamiento a la mora en el caso de cobro de pensiones.

En diversos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reiterado su posición en el sentido de afirmar que, cuando los aportes a la seguridad social, se realizan de manera extemporánea o dejan de hacerse, existe la obligación de la entidad de seguridad social encargada de administrarlos, de adelantar el procedimiento legal correspondiente para obtener el pago efectivo de dichos aportes, a fin de garantizar, por una parte, la sostenibilidad del sistema, y por la otra, asegurar el pago efectivo de los derechos amparados por el sistema de seguridad social, como las incapacidades, licencias de maternidad y pensiones.<sup>15</sup>

La sentencia C-177 de 1998<sup>16</sup> se pronunció en extenso sobre este tema, al examinar la constitucionalidad de los artículos 33 (parcial) y 209 de la Ley 100 de 1993. En efecto, en aquella oportunidad la Corte Constitucional se planteó la pregunta acerca de si resultaba contrario a la Constitución que se estableciera una suerte de sanción para el trabajador, consistente en la pérdida en la práctica, de su derecho de acceso a la pensión o a la prestación del servicio de salud, cuando, aunque se hayan efectuado los descuentos correspondientes al trabajador, el empleador no hizo los aportes a las entidades encargadas de administrar la pensión o de prestar los servicios de salud, por causas no imputables al trabajador.

La Corte Constitucional, definió en aquella oportunidad un contenido mínimo del derecho a la pensión, en los siguientes términos:

“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<sup>17</sup>. Por ende, y a pesar de que el derecho a la pensión es de configuración legal, la Corte considera que la norma acusada establece una cierta limitación al contenido constitucionalmente protegido de este derecho, puesto que personas que efectivamente han cotizado durante determinadas semanas a empresas o cajas privadas no pueden acumular esos períodos por una razón que no les es imputable, puesto que no depende de ellos, sino de las empresas o las cajas, que se efectúe el traslado de la correspondiente suma actualizada<sup>18</sup>.

En este sentido la Corporación, continuó el camino ya iniciado por la Jurisprudencia, en relación con el derecho a la seguridad social, en las que ya se había consolidado que una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, dicha circunstancia deja de ser una mera expectativa y se convierte en un auténtico derecho que hace parte de su patrimonio.<sup>19</sup> Así las cosas, para la Corte Constitucional:

“Se trata, entonces, de un derecho adquirido por el trabajador; aquel que se causa a favor de la persona que ha reunido los requisitos elementales para acceder a la pensión de vejez, luego de haber realizado un ‘ahorro forzoso’<sup>20</sup> durante gran parte de su vida, teniendo, en consecuencia, el derecho a recibir tal prestación, con el único fin de llegar a la tercera edad y vivir dignamente, acorde con su esfuerzo laboral pasado.

Todo lo anterior, se dirige a señalar que ninguna entidad administradora de fondos de pensiones puede adoptar decisiones subjetivas; aún teniendo la discrecionalidad para reconocer o negar la pensión de vejez, no pueden asumir una postura desfavorable al solicitante aludiendo incumplimientos del patrono para no reconocer la pensión de vejez.

Esta prestación no es gratuita ni menos una dádiva que generosamente da una entidad administradora<sup>21</sup>, se trata de un verdadero derecho adquirido que protege la Constitución Política para que cuando el ser humano llegue a la edad de jubilación exigida por la ley, pueda descansar y, además, según el caso, seguir respondiendo a las necesidades de su familia (artículos 13, 25, 46, 48 y 53 de la Constitución).

Por tanto, cuando los requisitos de edad, tiempo de servicio, o semanas cotizadas han pasado de simples expectativas a verdaderos derechos, no pueden ser desconocidos por normas posteriores o por simples decisiones emanadas de las empresas administradoras de pensiones, porque se desconocerían los derechos que ostentan los ex trabajadores que han

llegado a reunir los requisitos anteriormente descritos, los cuales son imprescriptibles”.<sup>22</sup>

Ahora bien, cuando las entidades encargadas de administrar los aportes al sistema general de seguridad social, en salud y pensiones, dejan de recibir dichos aportes, y los reciben con posterioridad a la fecha correspondiente para su pago, o no realizan las gestiones orientadas a obtener su pago, conforme las herramientas establecidas en la ley para este efecto, se entiende que se allanan a la mora, siendo necesario que asuman las consecuencias de su negligencia, sin que los efectos nocivos de dicha circunstancia puedan ser trasladados al trabajador que requiere la prestación de los servicios de salud o que reclama su pensión por cumplir ya con los requisitos para acceder a ella.

En efecto, “la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría del “allanamiento a la mora”, según la cual aunque el empleador sufrague los pagos por concepto de cotizaciones al SGSSS de sus trabajadoras (concretado el tema a la licencia de maternidad) de forma extemporánea o incompleta, si la EPS a la cual se encuentran afiliadas no adelanta un requerimiento previo o se abstiene de rechazar las cotizaciones subsiguientes y continúa prestando sus servicios, se entiende que zanjó la morosidad en la cual se haya incurrido y no puede negarse a reconocer la respectiva prestación aduciendo la mora, pues tal aquiescencia la obliga a sufragar el pago exigido<sup>23</sup>, para garantizar los derechos de la madre y su bebé.”<sup>24</sup>

Ahora bien, aunque esta figura tuvo su origen en el ámbito de las licencias de maternidad, la Corte Constitucional ha extendido su aplicación a circunstancias similares, en las que las entidades del sistema general de seguridad social, se han negado a las prestaciones que les corresponden, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos, sin que hubieran actuado para remediar esta situación, conforme las herramientas establecidas en la ley. Así, la Corte ha extendido su aplicación, como puede verse del recuento hecho, a otros ámbitos como el de las pensiones y el de las incapacidades. Sostuvo la Corte Constitucional al respecto:

“Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio

también puede ser aplicado, *mutatis mutandi*, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegando a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales”.<sup>25</sup>

Así las cosas, conforme la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, es claro que, en los casos de mora patronal en el pago de los aportes al sistema de seguridad social y frente a esta circunstancia las entidades encargadas de recibir y administrar estos aportes, (i) no utilizan las herramientas que la ley les permite para hacer el cobro de estos dineros o, (ii) extemporáneamente los recibe, se allanan a dicha mora patronal y pierden la posibilidad de excusarse en el cumplimiento estricto de las obligaciones que la normatividad general que regula el sistema les impone.

En conclusión, dado el contenido específico del derecho a la pensión en nuestro ordenamiento, y las condiciones establecidas por la jurisprudencia de la Corporación para el surgimiento del allanamiento a la mora, es claro que dicha teoría aplica en el caso concreto de las solicitudes pensionales. Esto es así, por la concurrencia de los elementos que la jurisprudencia ha identificado como comunes para la aplicación de este fenómeno a diversos casos concretos, por lo que en aras de los principios de buena fe y de confianza legítima, cuando un empleador ha dejado de pagar los aportes a la seguridad social en pensiones y la entidad los ha recibido extemporáneamente o no ha sido diligente en el cobro de éstos, se allana a la mora, encontrándose jurídicamente amparado el trabajador frente a su expectativa legítima de acceder a su derecho a la pensión, más aún cuando de dicha prestación depende el mantenimiento de su vida en condiciones de dignidad.

5. El Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, se allanó a la mora al recibir en unos

casos extemporáneamente los pagos de los aportes a la seguridad social en pensiones y no haber cobrado dichas sumas en otros casos.

José Arístides Betancur Cárdenas interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, por considerar, que con la negativa de dicha entidad a reconocer su pensión, ésta vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Funda sus pretensiones, en que cotizó al sistema como trabajador dependiente desde 1974 hasta 1996 y como trabajador independiente afiliado a Prosperar desde el 01 de octubre de 1997, pese a lo cual, al momento de presentar la tutela, su historia laboral sólo registra 971.14 semanas, pero sin que le hayan sido tenidas en cuenta las semanas correspondientes al período comprendido entre 1980 y 1994, con base en que su empleador no canceló los aportes correspondientes. Según el accionante, sumado el tiempo completo laborado y cotizado al sistema, tendría un total de 1693.14 semanas, muy por encima de lo requerido para acceder al derecho a la pensión.

Revisados los documentos que obran en el expediente así como las razones esgrimidas por el Instituto de Seguros Sociales para negarse a la prestación solicitada por el actor, encuentra la Sala que en este caso se vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Conforme a los documentos anexos a la acción de tutela por parte del señor José Arístides Betancurt,<sup>26</sup> encuentra la Sala de Revisión que en efecto, los informes expedidos por la entidad demandada sobre los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, revelan períodos no cotizados por parte de su empleador de la época, sin que aparezca que la entidad demandada trató de lograr su pago efectivo. Sin embargo, hay registros que demuestran que en el pasado el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, profirió Resolución para el cobro de las sumas adeudadas entre los meses de febrero a agosto de 1979.<sup>27</sup>

Para la Sala en el presente caso, la entidad demandada se ha allanado a la mora. La justificación de esta conclusión se basa en los documentos que figuran como prueba de la solicitud de amparo, que indican que en efecto, (i) el accionante ha cotizado desde 1979, (ii) su empleadora incurrió en mora en el pago de algunos aportes, (iii) el Seguro Social cobró algunos aportes, celebrando un acuerdo de pago, pero (iv) aparecen períodos sin cotización,

sin que exista por parte de la entidad demandada acción de cobro. No es claro entonces, porque en una oportunidad anterior, el Seguro Social ejerció sus competencias legales para cobrar y celebrar acuerdos de pago, para la cancelación de los aportes atrasados y en los períodos que se reportan sin cotización, no ejerció dicha competencia.

Esta actitud, es justamente la que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado, como un comportamiento institucional que da lugar al allanamiento a la mora de la entidad encargada de la administración de los aportes, y a la concesión del amparo. Así lo ha manifestado la Corporación, por ejemplo, en la sentencia T-138 de 2005.<sup>28</sup> En ella, examinaba el caso de una persona a la cual se le había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que su empleador no había cotizado algunas de las semanas que estaba obligado a cancelar, con lo cual obstaculizó que el peticionario alcanzara el número de mínimo semanas en el período legal inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez. En ese contexto, la Corte Constitucional adujo que si la entidad encargada de administrar la pensión, a pesar de advertir que el empleador estaba en mora en el pago de las semanas de cotización, no hace uso de los mecanismos establecidos para efectuar el cobro de estos ciclos, no puede luego negarle la pensión de invalidez al afiliado, sobre esa misma base. En caso de hacerlo, la entidad administradora estaría descargando un peso en una persona que, como el solicitante de pensión, ya tiene suficientes cargas sobre sus hombros y le podría estar violando su derecho fundamental al mínimo vital, si depende de esa pensión para subsidiar y atender sus necesidades básicas. En concreto, manifestó:

“[n]o pueden los particulares asumir las consecuencias negativas del desorden administrativo o financiero, o de la desidia de su empleador, quien sin justificación retrasa o no realiza el pago de aportes en salud o en pensiones, a las entidades encargadas de administrarlos. En consecuencia, son esas entidades administradoras, las que contando con las herramientas dispuestas legalmente para reclamar dichos pagos incumplidos, no podrán retrasar o negar a los trabajadores el reconocimiento de los derechos a la seguridad social por ellos reclamados y a los cuales tienen derecho (...)”.

Una razón de sentido refuerza esta conclusión, y es que, como aparece probado en los documentos ya referidos que acompañan la tutela, el Seguro Social cobró en anteriores oportunidades los aportes atrasados a la seguridad social en pensiones que debía hacer la empleadora, pero no realizó la misma acción cuando de nuevo la empleadora omitió el pago,

aunque no sólo contaba con las facultades legales para hacerlo, sino que de ellas se deriva un deber legal cuyo incumplimiento genera el efecto que la Jurisprudencia ha establecido y que se reitera en esta oportunidad.

Finalmente, para la Sala en relación con el argumento de la entidad accionada, que afirma en las respuestas dadas a las solicitudes presentadas por el señor Betancurt, que su caso se encuadra en el régimen de transición, aunque no cumple con los requisitos de acceso a la pensión, pues no acredita 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años o en todo caso, 1000 semanas como lo establece el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, es claro que la entidad se ha allanado a la mora, en consecuencia, el accionante sí cumple con los requisitos exigidos y, por tanto, tiene derecho a acceder a la pensión, ya que sumados a los aportes reportados los que no canceló su empleador, cumple con el requisito que el ISS afirma no acredita el actor a propósito del mínimo de semanas necesarias para tener derecho a la pensión.

Así las cosas, la Corte Constitucional, revocará la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, el 06 de mayo de 2010, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 11 de marzo de 2010, y en su lugar, concederá el amparo a la seguridad social y al mínimo vital.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo expedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, el 06 de mayo de 2010, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 11 de marzo de 2010, que negó el amparo por improcedente y, en su lugar TUTELARÁ, los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, del señor José Arístides Betancur Cárdenas.

Segundo.- Dejar sin efecto la Resolución N° 9821 de 01 de octubre de 2008 y, ORDENAR al Instituto de Seguros, Seccional Risaralda, que en el término de ocho (8) días siguientes a la

notificación de esta providencia expida una nueva resolución, otorgando el derecho a la pensión que le asiste al señor José Arístides Betancur Cárdenas.

Tercero.- ENVIAR, por conducto de la Secretaría General de la Corte Constitucional, copia de la presente Sentencia al Defensor del Pueblo del Risaralda, para que vigile el cumplimiento de esta sentencia.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La acción de tutela de la referencia fue escogida para revisión por la Sala de Selección Número Seis, mediante auto proferido el 11 de Junio de 2010. En el mismo auto, la Sala de Selección decidió acumular este proceso con los procesos T-2674656 y T-2675858 por considerar que presentaban unidad de materia, para que fueran fallados en una sola sentencia. Sin embargo, analizado el expediente, encontró la Sala de Revisión que en el presente caso, el proceso debía ser desacumulado, pues las circunstancias fácticas que

motivan la interposición de la acción de tutela configuran un problema jurídico particular que exige que el fallo se produzca por separado.

2 Con base en lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 (artículo 35), la Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. En varias ocasiones la Corporación ha procedido de esta forma. Pueden consultarse entre otras, las siguientes sentencias T-549 de 1995 (MP. Jorge Arango Mejía), T-396 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-054 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-392 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-325 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-390 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

3 Resolución 031665 de 09 de diciembre de 2009 (folios 20-23 del cuaderno principal. En adelante, cada que se haga mención a un folio, se entenderá que este hace parte del cuaderno principal).

4 En la sentencia T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), la Corte reiteró que “de manera general, la acción de tutela resulta improcedente para el reconocimiento de pensiones. No obstante lo anterior, el amparo constitucional será viable excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes tres condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable”.

5 Ver entre otras, las sentencias T-100 de 1994, (MP. Carlos Gaviria Díaz); SU-995 de 1999, (MP. Carlos Gaviria Díaz, AV. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-1338 de 2001, (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-859 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas)

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

7 Sentencia T-106 de 1993, (MP. Antonio Barrera Carbonell): la Corte afirmó que la

posibilidad de acudir a la acción de tutela “(...)sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión.” Ver también la sentencia T-480 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

8 Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); SU-544 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynett, SV. Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis); T-983 de 2001 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

9 Sentencias T-871 de 1999 y T-812 de 2000 (MP. Antonio Barrea Carbonell), entre otras.

10 Sentencias T-259 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra); T-818 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-725 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería); T-370 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-148 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-133 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa); T-809 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-404 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño)

11 Sentencias T-148 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-362 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

12 Sentencia T-795 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

13 Sentencia SU-995 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz, AV. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-1088 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

14 Nuevamente la sentencia T-043 de 2007.

15 Sobre el tema del retardo en el pago de los aportes al sistema de seguridad social y las consecuencias que se derivan de este hecho, tanto para el trabajador, como las entidades encargadas de administrar estos aportes, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades. En las primeras ocasiones, esta Corporación se refirió al caso de los aportes

en salud y la prestación efectiva del servicio de salud, cuando el empleador ha dejado de pagar los aportes o lo ha hecho de forma extemporánea; así por ejemplo la Sentencia T-059 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero). Significativa en este tema, resulta también la sentencia C-177 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero), en el sentido de la interpretación del artículo 33 de la Ley 100 ofrecido por la Corte Constitucional y el pronunciado sobre la exequibilidad del artículo 209 de la misma norma. En uno de sus apartes, dice esta sentencia: “Podría objetarse que los anteriores criterios contradicen varios precedentes de esta Corporación en materia de tutela, en donde se habían señalado otras consecuencias para la mora patronal en el pago de las cotizaciones a la salud. Y lo cierto es que sobre el tema de quien es el llamado a prestar el servicio de salud cuando se presenta la mora patronal, la Corte Constitucional ha esbozado dos tesis en sus decisiones de tutela. La primera puede analizarse en las sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154A de 1995 y T-158 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquel no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos. (Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). || 27- Estas divergencias se explican, en muchos casos, por la diversidad de las situaciones concretas, propias de las decisiones de tutelas. Además, como se ha señalado, si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad. Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997

determinó que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal”. Esta es una de las bases sobre las cuales se ha extendido el allanamiento a la mora a las diversas facetas del derecho a la seguridad social. Puede consultarse también, entre otras, las sentencias T-458 de 1999 (MP. Alfredo Beltrán Sierra); T-413 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra); T-855 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa) y; T-043 de 2005 (Marco Gerardo Monroy Cabra).

16 MP. Alejandro Martínez Caballero, AV. José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Sentencia C-168 de 1995. (MP. Carlos Gaviria Díaz)

18 Sentencia C-177 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero, AV. José Gregorio Hernández Galindo; Eduardo Cifuentes Muñoz).

19 Así lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz), en la que al resolver la demanda de constitucionalidad de los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la ley 100 de 1993, sostuvo al respecto en uno de sus apartes los siguiente: “Así las cosas, se puede concluir 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. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante. ¶ En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada ‘condición más beneficiosa’”.

20 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-546 del 1 de octubre de 1992. M.P.: doctores Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

21 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

22 Sentencia SU-430 de 1998 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa). En este caso, la Corte Constitucional, resolvió conceder el amparo solicitado a una persona, que a pesa de reunir los requisitos de edad y de tiempo para acceder a la pensión, la entidad encargada de pagar dicha prestación, se negaba, cono el argumento, entre otros, de que no se habían hecho todos los aportes requeridos para acceder al mencionado derecho. La corporación después de comprobar que en efecto los descuentos orientados a dichos aportes sí habían sido efectuados, reconoció el derecho a la pensión, afirmando, que no correspondía al trabajador, soportar las consecuencias del incumplimiento del empleador, pudiendo exigir su derecho a la pensión.

23 T-921 de septiembre 21 de 2005 (MP. Jaime Araujo Rentería).

24 Sentencia T-680 de 2008 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). En esta sentencia la Corte Constitucional, resolvió la acción de tutela de varias personas que solicitaban el pago de unas incapacidades por parte de algunas EPS que se negaban a dicho pago porque los accionantes habían cancelado los aportes con retraso. La Corte Constitucional, resolvió conceder el amparo, justamente en aplicación del “allanamiento a la mora”, considerando que si bien los accionantes se habían retrasado en los pagos, las EPS accionadas habían recibido los pospagos y en todo caso, no habían hecho uso de las herramientas dispuestas en la ley, para exigir su cobro, por lo que, conforme a la mencionada teoría, dichas entidades se habían allanado a la mora y en consecuencia debían pagar las incapacidades. Aunque la teoría fue inicialmente aplicada a los casos de licencias de maternidad, la Corte Constitucional en esta oportunidad, recuerda cómo, en otros casos diferentes a las licencias, se han aplicado sus efectos por considerar que las situaciones fácticas comparten elementos estructurales que permiten su aplicación.

25 Sentencia T-413 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso, la entidad encargada del pago de las incapacidades se negaba a hacerlo con el argumento de la mora patronal en el pago de los aportes en salud, por su parte, la accionante afirma que los

descuentos le fueron efectuados. La Corte Constitucional, resolvió conceder el amparo solicitado aplicando la figura del allanamiento a la mora y ordenó a la EPS el pago de la incapacidad, pues pese al retraso en el pago, la entidad demandada recibió la suma sin haber hecho uso de las herramientas legales a su disposición para evitar la mora.

26 Folios 5 a 7.

27 En el folio 16, obra copia de la Resolución No. 1.239 de 1.979, expedido por el Instituto de Seguros Sociales - Caja Seccional de Risaralda (Folio 16), en la cual constituye el título para el cobro de las sumas adeudadas por Belarmina Cárdenas de Betancur, entre los meses de febrero y agosto de 1979, por concepto de aportes a pensiones, pero no se adjunta ningún otro documento que permita concluir que el ISS realizó su cobro.

28 (MP Humberto Sierra Porto).