

Sentencia T-855/11

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

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

Ha sido criterio reiterado de esta corporación sostener que, en el evento en que el empleador incurre en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes. Tal razonamiento parte de la idea según la cual las entidades administradoras cuentan con los mecanismos jurídicos suficientes para exigir a los empleadores realizar los aportes que correspondan al Sistema de Seguridad Social.

MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES-Obligación de las entidades administradoras de cobrar a los empleadores morosos los aportes adeudados

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN MATERIA PENSIONAL-Vulneración cuando no se resuelven derechos de petición del afiliado relacionados con el cumplimiento de los requisitos para acceder a pensión de vejez

Cuando se ponen en conocimiento de la entidad administradora, hechos que tienen relevancia o incidencia directa en el reconocimiento de la prestación económica y no son atendidos diligentemente, a pesar de tratarse de situaciones que la entidad misma está en la posibilidad y en el deber de verificar, como la existencia de semanas cotizadas en periodos determinados, se produce una vulneración al debido proceso, en cuanto se adoptará una decisión que no consulta la totalidad de los pedimentos y las circunstancias fácticas expuestas por el asegurado, esto es, surgirá una decisión incongruente. Los procesos administrativos en materia de seguridad social exigen a quienes los dirigen una especial

atención a la información y a las solicitudes que provengan del afiliado, concernientes a las circunstancias fácticas de las cuales se valdrá para intentar el reconocimiento de su derecho pensional, tales como la existencia de periodos cotizados no registrados en su historia laboral, o la inexactitud de ésta; un desconocimiento total o parcial de tales circunstancias incide negativamente contra el debido proceso, cuyo quebrantamiento puede redundar correlativamente contra otros, como los derechos al mínimo vital y a llevar una vida en condiciones dignas.

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

Las entidades administradoras tienen obligaciones de custodia, conservación y guarda sobre la información, mediante la cual corroboran el cumplimiento de los requisitos en comento, que conllevan, simultáneamente, las obligaciones de organización y sistematización de dicha información, de manera que se evite su pérdida o deterioro y la consecuencial afectación negativa de un reconocimiento. A su vez, si se tiene presente que la información suele estar contenida en documentos, que permiten la representación y percepción de la información que contienen, es posible afirmar que la conservación, guarda y custodia de la información se traduce en obligaciones de conservación, guarda y custodia de esos documentos en los que dicha información reposa. La importancia de estos deberes se entiende mucho mejor cuando se toma en cuenta que el reconocimiento de prestaciones económicas como la pensión de vejez depende, de una parte, de la suma de cotizaciones que el afiliado haga a lo largo de su vida, lo cual exige a la entidad administradora la observancia de este tipo de obligaciones, cuyo cumplimiento garantiza al afiliado la posibilidad real de acceder a las prestaciones a las que aspira, pues gracias a dicho cumplimiento puede consolidar los esfuerzos que hizo durante su vida laboral para pensionarse.

PENSION DE VEJEZ-Caso en que ISS niega reconocimiento y pago basado en inconsistencias presentadas en historia laboral respecto al periodo y número de semanas cotizadas

HABEAS DATA-Posibilidad de ejercerlo cuando se presenta inexactitud en historia laboral para solicitar pensión de vejez

Tratándose del registro de datos en la historia laboral de un afiliado al Sistema General de Seguridad Social, esta Corte ha encontrado un escenario idóneo para la extensión de los

alcances del hábeas data, tomando en consideración que los datos que allí se registran tienen, evidentemente, un carácter personal, pues a través de ellos se conocen aspectos que atañen al ámbito particular del titular del derecho, tales como su identificación e individualización, el tipo de actividad económica y personal de la que deriva sus ingresos (ora por la existencia de una relación laboral, ora por la realización de otro tipo de actividad económica), el monto de tal ingreso, el pago oportuno de las cotizaciones respectivas, la proporción de la deducción que se le efectúa, el tiempo laborado o de servicios prestados, las licencias disfrutadas o pendientes, sus nombramientos o retiros, entre otros. Además, tales datos tienen una incidencia directa en el cabal ejercicio de algunos derechos fundamentales del afiliado, quien al momento de solicitar el reconocimiento de derechos laborales y prestaciones sociales de las que puede derivar los ingresos necesarios para su subsistencia, dependerá de la calidad y la cantidad de información registrada por la entidad respectiva, la cual toma como fuente de información tales datos para realizar un eventual reconocimiento de las prestaciones requeridas.

La acción de tutela está sometida a un procedimiento sumario, informal y preferente, lo cual es consecuencia del interés del constituyente en establecer una herramienta jurídica expedita para proteger y/o restablecer los derechos fundamentales en riesgo o conculcados. Como consecuencia de dicha naturaleza, el trámite de esta acción constitucional no puede trabarse, a la espera del allegamiento de medios de prueba de determinada índole, origen o extracción, para dar certeza sobre uno u otro hecho aducido como lesivo de los derechos fundamentales del accionante, menos si se está afectando la vida digna de una persona. Es el convencimiento del juez sobre los hechos que se alegan como lesivos de derechos fundamentales lo que le permite proferir un fallo que resuelva el asunto, sin estar ligado a un medio probatorio en concreto. Lógicamente, para llegar al convencimiento de que existe una vulneración o una amenaza contra tales derechos, el juez deberá acudir a los criterios de la sana crítica, que en ningún caso pueden excluirse del análisis de la situación que debe resolver. Esto no implica que el carácter sumario e informal de la acción de tutela elimine la responsabilidad del accionante de asumir la carga probatoria que le corresponde cuando alega hechos constitutivos de vulneración, pero tampoco significa que la protección de sus derechos fundamentales dependa exclusivamente del allegamiento de determinados medios de prueba, cuya consecución le puede representar un alto grado de dificultad, cuando puede arribar a la convicción a través de otros medios de prueba que se aportan.

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden al ISS de reconocer y pagar pensión de vejez por cumplir con semanas cotizadas que no se tuvieron en cuenta por mora del empleador

Referencia: expediente T-3094895

Acción de tutela instaurada por Ana Elisa Artunduaga Maldonado contra el Instituto de Seguros Sociales.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo emitido en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en mayo 11 de 2011, con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado contra el Instituto de Seguros Sociales.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la mencionada Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Séptima de Selección de la Corte, en auto de julio 28 de 2011, escogió el asunto de la referencia para su revisión.

## I. ANTECEDENTES

La señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado, de 74 años, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso y a la seguridad social, en conexidad con el derecho a una vida digna.

## A. Hechos y relato contenidos en la demanda

1. Como fundamento fáctico de la acción incoada, la actora adujo que la entidad demandada le ha negado en varias oportunidades el reconocimiento de su derecho pensional<sup>1</sup>, bajo el argumento de que no cuenta con las suficientes semanas cotizadas para acceder a dicha prestación. Sin embargo, según la accionante, la negativa para el reconocimiento de su pensión de vejez obedece a la inexactitud de su historia laboral, en la cual no se reportan varios periodos de cotización, en los que trabajó para diferentes empresas, situación que, según expuso, dio a conocer al ISS en las siguientes oportunidades:

a. En enero 7 de 1994, mediante escrito que dirigió a la Oficina de Investigación a Empleadores (f. 11 cd. inicial).

a. En julio 11 de 1995, relacionando el nombre de los empleadores cuyas cotizaciones no se registraban (fs. 4 y 5 ib.).

a. En noviembre 20 de 2002, pidiendo a la Oficina de Atención al Pensionado la realización de un estudio de su historia laboral, a fin de que se produjera la corrección pretendida (f. 14 ib.).

a. En diciembre 10 de 2003, presentando nueva petición escrita a la entidad accionada.

a. En abril 30 de 2004, mediante comunicación dirigida al Departamento de Pensiones del ISS, solicitándoles la colaboración necesaria para encontrar los periodos cotizados por la empresa Colchonería Industrial. Al no recibir respuesta, solicitó en julio 13 de 2004 la aplicación del silencio administrativo positivo (f. 18 ib.).

a. En septiembre 8 de 2004, solicitando a la Oficina de Historia Laboral que buscaran las semanas cotizadas correspondientes al periodo de enero de 1967 a julio de 1969, laborados en la Colchonería Industrial.

a. En septiembre 10 de 2004, cuando solicitó al Coordinador Nacional de Semanas Cotizadas, que se le expidiera reporte de semanas cotizadas en el que se reportaran la totalidad de los periodos cotizados (f. 19 ib.).

a. En enero 6 de 2005, haciendo una nueva relación de las empresas en las que laboró, afirmando que su historia laboral no reportaba tales periodos de tiempo trabajado (fs. 20 y 21 ib.).

a. En mayo 31 de 2006 (fs. 31 a 33ib.).

a. En enero 5 de 2007, pidiendo nuevamente que se corrigiera el error que involuntariamente cometió al reportar una novedad. En esta comunicación expuso que ya había realizado al ISS estas mismas peticiones, a través de escritos enviados en junio 2 de 2006 y mayo 13 de 2005, sin que hasta esa fecha se hubiese corregido tal yerro (f. 35 ib.).

a. En mayo 7 de 2008 (f. 37 ib.).

a. En agosto 11 de 2008 (fs. 38 y 39 ib.), mediante petición que adicionó en septiembre 8 siguiente, allegando fotocopia de la historia clínica expedida por la Clínica La Inmaculada, donde aparece que fue atendida en dicha institución médica como afiliada al ISS, en 1967 (f. 46, ib.).

a. En diciembre 12 de 2008, a través de comunicación escrita a la Oficina de Investigaciones Administrativas, en la que solicitó que se le diera impulso o trámite a la investigación administrativa que fuere pertinente para reportar la totalidad de los periodos cotizados que no se estaban tomando en cuenta en su historia laboral (f. 60 ib.).

a. En octubre 26 de 2009 (fs. 61 y 62 ib.).

2. En este orden de ideas, expuso que la entidad accionada no desplegó interés para resolver todas estas solicitudes, concernientes a la realización de un estudio o revisión de su historia laboral, a fin de completarla con los periodos de cotización cuya falta aduce, con los cuales podría acceder a su pensión de vejez.

3. Adicionalmente, indicó que el ISS le informó que su empleador Inversiones El Asesor presentaba mora en el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre mayo 15 de 1990 y enero 15 de 1991, razón por la cual podía acogerse a lo prescrito en el parágrafo 2° del artículo 2° del Acuerdo 027 de 1993 y pagar los periodos faltantes, para que se le pudiera tener en cuenta dichas semanas dentro del cómputo de cotizaciones necesarias para pensionarse. Por esta razón, procedió al pago de \$270.000, para saldar la deuda en mención y poder acceder a la prestación económica.

4. Pese al pago efectuado, posteriormente le comunicaron que no contaba con las semanas suficientes para pensionarse, teniendo la opción de pagar la mora que registraba su empleador Sinduveam, para poder completar el tiempo necesario para acceder a dicha prestación. Dicha mora le fue liquidada en \$4.456.816, dinero que adujo no estar en la posibilidad de pagar, debido a que no tiene propiedades, ni bienes suficientes para su

manutención (f. 80 ib.).

5. Por lo anterior, adujo que la inexactitud de su historia laboral, la falta de interés del ISS en indagar sobre las semanas cotizadas no registradas y el cobro de la mora de su empleador que le estaba haciendo la accionada, constituyen una vía de hecho que vulnera el debido proceso, por cuanto no se están tomando en cuenta estas semanas para acceder a la pensión de vejez, afectando así su derecho al mínimo vital y a llevar una vida digna, pues no tiene un ingreso mensual fijo, vive de las ventas ambulantes, padece artrosis que le genera frecuente dolor en las rodillas y malformación de sus dedos y uno de sus lagrimales gotea seguido, nublándole la vista permanentemente, lo cual le dificulta trabajar y le produce un nivel de vida precario.

6. En consecuencia, solicitó que se reconozca su pensión de vejez, incluyendo dentro del cómputo del tiempo la totalidad de las semanas cotizadas cuyo pago no figura en su historia laboral y aquéllas en las que su empleador no efectuó el pago.

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de abril 7 de 2011, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá admitió la acción presentada y ordenó vincular, de manera oficiosa, a las empresas Colchones Industrial, Inversiones El Asesor y Sinduveam, empresas en las que la accionante adujo haber laborado.

Por su parte, el ISS no se pronunció en ninguna de las instancias frente a los hechos expuestos por la demandante como lesivos contra sus derechos fundamentales.

### A. Sentencia de primera instancia

En sentencia de abril 15 de 2011, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá declaró improcedente el amparo solicitado, al considerar que los hechos expuestos por la accionante no daban cuenta de la probable concreción de un perjuicio irremediable que debiera ser prevenido en sede de tutela.

Además, estimó que no observaba violación contra el debido proceso, puesto que el ISS sí había adelantado, “aunque de manera lenta”, las actuaciones correspondientes para ubicar los documentos que le brindaran mayor información sobre los periodos cotizados por la

actora (fs. 119 y 120 ib.).

#### A. Impugnación

Mediante escrito de abril 26 de 2011 (f. 124 ib.), la actora impugnó el fallo antes referido, recurso que sustentó en mayo 3 de 2011, reiterando los argumentos expuestos en la demanda (fs. 3 a 21, cd. Corte).

#### C. Segunda instancia

Mediante sentencia de mayo 11 de 2011, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia, bajo el argumento de que la acción presentada no cumplía con el requisito de la inmediatez, pues habían transcurrido más de 6 meses entre la última resolución que negó la pensión a la accionada (noviembre 7 de 2008) y la presentación de la acción de tutela (mayo 4 de 2011).

#### D. Actuación dentro del trámite de revisión

Mediante oficio OPT-A-551 de septiembre 14 de 2011 se solicitó al ISS la remisión del reporte completo de las semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a nombre de la accionante, teniendo en cuenta, especialmente, la información expuesta por ella, concerniente a los periodos trabajados que no se reportaban en su historia laboral. En respuesta, el ISS allegó en octubre 19 siguiente, copia de la historia laboral de la demandante.

Así mismo, a través de oficios OPT-A-637, OPT-A-638 y OPT-A-639 de octubre 19 de 2011 se solicitó a la Cámara de Comercio de Bogotá, a la Superintendencia de Sociedades y a la accionante, respectivamente, que suministraran toda la información que tuviesen en su poder acerca de la empresa Colchonería Industrial, en la cual la actora adujo haber trabajado en 1967. En respuesta, la Cámara de Comercio informó que con dicho nombre no se registraba ninguna sociedad o establecimiento de comercio. Por su parte, la Superintendencia de Sociedades guardó silencio y la demandante allegó escrito en el que reiteraba los argumentos expuestos en el escrito de tutela.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### Primera. Competencia

Corresponde a la Corte Constitucional analizar en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Segunda. Lo que se analiza

Deberá la Sala de Revisión determinar si la negativa de una entidad administradora de pensiones a reconocer la pensión de vejez de un afiliado, sin haber realizado previamente las actuaciones pertinentes para resolver la inconformidad que éste manifestó en varias oportunidades respecto a los datos registrados en su historia laboral, lesiona sus derechos fundamentales. En caso de ser afirmativa la respuesta, se hará referencia a los derechos transgredidos y a la conducta con la cual la entidad accionada generó la vulneración.

Finalmente, la Sala deberá analizar si ante la omisión prolongada de la entidad administradora para realizar un estudio sobre las cotizaciones que el afiliado aduce como faltantes dentro en su historia laboral, es posible, en sede de tutela, efectuar el análisis a que haya lugar, con el propósito de poner fin a la vulneración de los derechos invocados.

El derecho a la seguridad social comprende la facultad de acceder a los medios de protección dispuestos por la ley para la cobertura de los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes para llevar una subsistencia digna<sup>2</sup>, lo cual implica la posibilidad de estar vinculados al sistema que se haya creado para tal efecto, de forma que se pueda garantizar el cubrimiento de las contingencias a las que el ser humano se haya expuesto y que pueden repercutir en su calidad de vida y en su capacidad laboral.

Desde una perspectiva histórica, la doctrina ha entendido la seguridad social como un derecho de segunda generación, cuyo desarrollo está ligado a la implementación programática de los esfuerzos conducentes a la extensión de sus alcances, pues su ejercicio pleno por parte de todos los asociados representa una finalidad deseable, hacia la cual el Estado debe propender.

En este orden de ideas, la protección del derecho a la seguridad social por vía de tutela ha estado limitada a los eventos en los que se constata que su vulneración conlleva la lesión de derechos fundamentales directamente protegibles por vía de amparo. En este sentido, esta Corte acudió en principio al concepto de conexidad, como argumento para la protección en sede de tutela del derecho a la seguridad social, cuando quiera que de su conculcación se derive una vulneración de derechos fundamentales que lo eleven a esta misma categoría, exigiendo entonces una actuación pronta por parte del juez constitucional que evite la consumación de un perjuicio irremediable<sup>3</sup>.

Por lo anterior, tratándose de la prestación económica destinada a cubrir el riesgo de vejez que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones cubija, la Corte ha dilucidado varios criterios cuya verificación posibilita su excepcional reconocimiento por vía de tutela. En este sentido, en Sentencia T-063 de febrero 9 de 2009, señaló<sup>4</sup>:

“En síntesis, se puede indicar que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión. Sin embargo, de manera excepcional y como mecanismo transitorio, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.”

En consecuencia, cuando quiera que se configuren los elementos antes mencionados, la protección del derecho a la seguridad social por vía de tutela se tornará procedente, atendiendo las especiales circunstancias que podrían concretarse en un perjuicio irremediable para los derechos fundamentales del accionante, que únicamente pueden evitarse oportunamente acudiendo a este medio jurídico de amparo.

Cuarta. Mora del empleador en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social. Las consecuencias negativas de la mora no deben ser asumidas por el empleado. Reiteración de

## jurisprudencia

Ha sido criterio reiterado de esta corporación sostener que, en el evento en que el empleador incurre en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes.

Tal razonamiento parte de la idea según la cual las entidades administradoras cuentan con los mecanismos jurídicos suficientes para exigir a los empleadores realizar los aportes que correspondan al Sistema de Seguridad Social. Bajo este entendido, la inactividad de tales entidades se observa inexcusable, no pudiendo ampararse en su propia culpa para incumplir las obligaciones que la ley les ha impuesto, teniendo que asumir, por ende, las consecuencias que se derivan de tal omisión. En este sentido la Corte, en Sentencia T-920 de noviembre 17 de 2010, expuso:

“Es importante mencionar que, a fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes afecte los derechos fundamentales de quien reúne los requisitos para lograr el reconocimiento de la pensión, se han creado mecanismos para que las entidades administradoras cobren y sancionen su cancelación extemporánea. De tal manera, los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 estatuyen determinados mecanismos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro al empleador. Así mismo, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999 establecen los plazos para presentar los aportes, y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, consagra acciones para el cobro.”

En este orden de ideas, la negativa del empleador a transferir los aportes para pensión, no puede conllevar que el trabajador vea truncada su posibilidad de acceder a las prestaciones económicas que ofrece el Sistema de Seguridad Social, puesto que fue la entidad administradora del sistema la que omitió el cumplimiento de sus obligaciones, al no poner en marcha los mecanismos jurídicos que tenía a su disposición para hacer efectivo el pago. En este sentido, en sentencia T-854 de octubre 12 de 2007, la corporación sostuvo:

“Ha sido reiterada la posición jurisprudencial asumida por la Corte en relación con los casos en los que el empleador ha procedido extemporáneamente a efectuar los pagos por concepto

de aportes pensionales, al advertir que dicha conducta morosa no puede incidir negativamente en el trabajador. Así, si un trabajador solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivencia, y los recursos que por concepto de aportes en pensión no han sido transferidos por su empleador a la entidad de aseguramiento en pensiones, al trabajador no se le podrá hacer extensivos los efectos negativos de la mora de su empleador. Además, de presentarse estas situaciones de extemporaneidad en el pago de los aportes, los fondos administradores de pensiones, cuentan con mecanismos jurídicos que les aseguren el pago oportuno de dichas sumas de dinero.”

En consecuencia, no es posible dejar de contar como requisito para acceder a una pensión de vejez las cotizaciones que el empleador no efectuó con conocimiento de la entidad administradora de pensiones, que estaba en el deber de exigir las, razón por la cual no podrá oponer a quienes pretenden un reconocimiento pensional, la mora cuya configuración permitió al asumir una actitud pasiva ante el incumplimiento del empleador<sup>5</sup>.

Cuarta. Debido proceso administrativo en materia pensional. Vulneración cuando no se tienen en cuenta solicitudes del afiliado relacionadas con el cumplimiento de los requisitos para acceder a una prestación económica. Derecho de petición

El reconocimiento del derecho al debido proceso como fundamental, que permite la garantía coetánea del acceso a la justicia, impone el deber a los destinatarios de la norma superior de optimizar este mandato, esto es, propender por su aplicación en la mayor medida posible. Por esta razón, el deber de respeto por tales derechos se extiende no solamente a las actuaciones surtidas ante las autoridades judiciales, sino también a las actuaciones, trámites y procesos que la administración lleva a cabo, reafirmando así que no existen hipótesis vedadas al ejercicio de este derecho fundamental, cuando quiera que se esté sujeto a la decisión de una autoridad que resuelva una situación de hecho cuya respuesta jurídica esté dentro de su competencia.

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido: “La actuación administrativa está entonces sujeta al debido proceso, pues la situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como respeto a los derechos y obligaciones de los intervinientes”<sup>6</sup>. A lo cual puede agregarse:

“El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes.”<sup>7</sup>

Corolario de lo anterior, resulta posible afirmar que, cuando la entidad pública en cuyas manos está el objeto de la decisión administrativa tiene la posibilidad de resolver el asunto bajo examen, con mejores y mayores elementos de juicio que le permitan adoptar una decisión más fiel a la realidad de los hechos que se le plantean, y no hace uso de ellos a pesar de tenerlos a su disposición, o no se ocupa siquiera de indagar sobre la disponibilidad de tales medios, estando en el deber de hacerlo y, a pesar de la insistencia del administrado en ese sentido, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, pretermitiendo el cumplimiento de una obligación y la solicitud sobre un aspecto del proceso que puede incidir en el sentido de la decisión que adopte, abriendo así la posibilidad de proferir un acto que no consulte la realidad fáctica que se le ha dado a conocer, ni las pretensiones que se le han planteado al respecto.

Lo anterior tiene especial relevancia cuando se trata de procesos administrativos mediante los cuales se decide el reconocimiento de prestaciones económicas concernientes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, ya que el goce de tales prestaciones está supeditado por la ley al cumplimiento de unos requisitos precisos cuya inobservancia genera la negación de tales derechos.

Por ende, cuando se ponen en conocimiento de la entidad administradora, hechos que tienen relevancia o incidencia directa en el reconocimiento de la prestación económica y no son atendidos diligentemente, a pesar de tratarse de situaciones que la entidad misma está en la posibilidad y en el deber de verificar, como la existencia de semanas cotizadas en periodos determinados, se produce una vulneración al debido proceso, en cuanto se adoptará una decisión que no consulta la totalidad de los pedimentos y las circunstancias fácticas expuestas por el asegurado, esto es, surgirá una decisión incongruente.

De suyo, este planteamiento exige garantizar coetáneamente el ejercicio del derecho de

petición, cuya satisfacción implica la realización de un esfuerzo por parte de quien ha sido requerido, consistente en identificar el pedimento, indagar sobre la posibilidad jurídica de acceder, implementar los medios que estén al alcance y sean necesarios para resolver de fondo, pronunciarse acerca de cada uno y exponer una clara argumentación con la que el peticionario pueda comprender, clara y completamente, el sentido de la respuesta emitida. En este ámbito, en la sentencia T-395 de 2008 se lee:

“Así, dar una respuesta de fondo a una petición propuesta por un particular, impone a la administración el deber de adelantar un proceso analítico y detallado que integre en... respuesta un proceso de verificación de hechos, una exposición del marco jurídico que regula el tema sobre el cual se está cuestionando, para luego de su análisis y confrontación, concluir con una contestación plena que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente respuesta, sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses.

De esta manera, las respuestas que incumplan con los requisitos señalados en el artículo 23 Superior, condenan al peticionario a una situación de incertidumbre, por cuanto éste no logra aclarar sus inquietudes, especialmente si se considera que en muchos eventos, de esa respuesta depende el ejercicio de otros derechos subjetivos.”

De lo anterior, dimana claro que los procesos administrativos en materia de seguridad social exigen a quienes los dirigen una especial atención a la información y a las solicitudes que provengan del afiliado, concernientes a las circunstancias fácticas de las cuales se valdrá para intentar el reconocimiento de su derecho pensional, tales como la existencia de periodos cotizados no registrados en su historia laboral, o la inexactitud de ésta; un desconocimiento total o parcial de tales circunstancias incide negativamente contra el debido proceso, cuyo quebrantamiento puede redundar correlativamente contra otros, como los derechos al mínimo vital y a llevar una vida en condiciones dignas.

Por esta razón, la actividad de las entidades administradoras de pensiones en este sentido no debe limitarse a la remisión de la inconformidad expuesta por el afiliado de una dependencia a otra, generando la prolongación en el tiempo de la situación de hecho que causa dicha inconformidad. Por el contrario, deben ponerse en marcha los mecanismos que la entidad tenga a su alcance para resolver definitivamente las inquietudes del afiliado, que incidan en

el cumplimiento de los requisitos para acceder a una prestación económica, de manera que cumpla con presteza sus deberes de administración del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y corrijan a tiempo los yerros al respecto, para que de ellos no se genere una lesión a los derechos fundamentales de quien se encuentra afiliado.

#### Quinta. Deber de custodia de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social

Como se ha dicho, el reconocimiento de las prestaciones económicas que establece el Sistema de Seguridad Social para el cubrimiento de los riesgos asegurables contemplados en la ley, está supeditado al lleno de unos requisitos que las mismas normas disponen como presupuesto necesario para su reconocimiento.

Tales exigencias nacen de la necesidad de brindar un soporte económico y financiero al sistema, el cual no puede operar de manera improvisada o desmedida, sino consultando los criterios propios de la buena administración, que hagan posible su permanencia y la progresión continua del derecho a la seguridad social. De esta manera, la titularidad de un derecho pensional bajo cualquiera de los regímenes consagrados, sea el de prima media con prestación definida administrado por el ISS, o el de ahorro individual con solidaridad, cuya administración corresponde a las entidades administradoras de fondos pensionales, implica el lleno de las exigencias preestablecidas en las normas para su reconocimiento.

En este orden de ideas, resulta clara la trascendencia del adecuado manejo de la información, por medio de la cual se constata el cumplimiento paulatino de tales requisitos, pues dicha información será la fuente de conocimiento de la que se servirán el afiliado y la entidad administradora, para solicitar o evaluar, respectivamente, el reconocimiento de las prestaciones económicas dispuestas en el sistema como mecanismos de cobertura de riesgos.

Entonces, resulta pertinente destacar que las entidades administradoras tienen obligaciones de custodia, conservación y guarda sobre la información, mediante la cual corroboran el cumplimiento de los requisitos en comento, que conllevan, simultáneamente, las obligaciones de organización y sistematización de dicha información, de manera que se evite su pérdida o deterioro y la consecuencial afectación negativa de un reconocimiento.

A su vez, si se tiene presente que la información suele estar contenida en documentos, que

permiten la representación y percepción de la información que contienen, es posible afirmar que la conservación, guarda y custodia de la información se traduce en obligaciones de conservación, guarda y custodia de esos documentos en los que dicha información reposa.

La importancia de estos deberes se entiende mucho mejor cuando se toma en cuenta que el reconocimiento de prestaciones económicas como la pensión de vejez depende, de una parte, de la suma de cotizaciones que el afiliado haga a lo largo de su vida, lo cual exige a la entidad administradora la observancia de de este tipo de obligaciones, cuyo cumplimiento garantiza al afiliado la posibilidad real de acceder a las prestaciones a las que aspira, pues gracias a dicho cumplimiento puede consolidar los esfuerzos que hizo durante su vida laboral para pensionarse.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte indica que las falencias en el cumplimiento de los deberes de custodia, guarda y conservación no pueden constituir argumento válido para negar el acceso a un derecho fundamental a los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Verbigracia, respecto al derecho de petición la Corte dispuso:

“Es deber legal de toda entidad pública la conservación, guardia y custodia de los documentos que ella misma produce, para la Sala es claro que el desorden y descuido administrativo con que se mantenga los archivos documentales, no puede constituirse en justificación razonable para impedir el ejercicio del derecho que tiene una persona a que la entidad ante la cual reclama una prestación pensional le dé respuesta de fondo a su petición, como una clara manifestación de la resolución definitiva de su solicitud.”<sup>8</sup>

A su turno, en sentencia T-214 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte hizo énfasis en el deber de las entidades públicas de sistematizar los documentos que estén a su cargo, empleando los medios técnicos y humanos que tuvieren a su alcance para evitar su deterioro o pérdida, y así asegurar la conservación:

“Puede afirmarse que las entidades públicas que tienen a su cargo la conservación de documentos, adquieren a su vez la obligación correlativa de sistematizarlos en archivos que permitan a los ciudadanos acceder a la información que ellos guardan, como condición necesaria para el ejercicio de los derechos a ellos asociados. Esto implica también el deber jurídico de emplear todos los medios técnicos y humanos que estén a su alcance para evitar su deterioro y pérdida.”

Es más, las consideraciones que esta corporación ha efectuado al respecto han llegado al punto de afirmar que, en el evento de pérdida o deterioro de los documentos que las entidades públicas tienen a su cargo, se torna imperioso para ellas el inicio de las actuaciones conducentes a su reconstrucción. En este sentido, en sentencia T-656 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, se afirmó: “Cuando un documento se encuentra bajo la custodia y responsabilidad de la administración y por circunstancias adversas desaparece impidiéndose su acceso a los ciudadanos, asiste la obligación de ordenar de manera ágil su reconstrucción para aliviar la carga impuesta por la administración sin necesidad, pues de no ser así, se afectaría directamente el derecho fundamental al debido proceso administrativo poniendo en riesgo el acceso oportuno a la administración de justicia.”

Pese a las anteriores consideraciones, en la práctica se observa que muchos afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones asumen una actitud de desconfianza frente a las entidades administradoras, basados en la eventualidad de que la información que sobre ellos tienen se torne imprecisa y afecte la posibilidad de acceder a las prestaciones que dicho sistema ofrece, lo cual los conduce a asumir, por cuenta propia y paralelamente a la entidad, la guarda y conservación de los documentos en los que consta el cumplimiento de los requisitos pensionales.

En todo caso, resulta importante reafirmar que, al ser las entidades administradoras de pensiones las llamadas a la conservación, guarda y custodia de los documentos contentivos de la información correspondiente a la vinculación del afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, no les es dable trasladarle al interesado las consecuencias negativas del deficiente cumplimiento de dichas obligaciones, es decir, de la pérdida, deterioro, desorganización o no sistematización de dicha información.

Una interpretación contraria a la anterior tornaría ineficaces las disposiciones relativas a los deberes que competen a estas entidades como administradoras del sistema, pues administrar implica, de suyo, propender por la mejor prestación de los servicios que se dirigen y prestan, siendo contrario a derecho la vulneración de garantías constitucionales como consecuencia de la inobservancia de obligaciones administrativas de esta índole.

Sexta. Hábeas data. Posibilidad de ejercerlo cuando se presenta inexactitud en la historia laboral

6.1. Como es natural, al ser identificado el reconocimiento constitucional del hábeas data con el artículo 15 de la carta política, debe constatarse que su segundo inciso dispone: “En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”. Se revela así el interés específico del constituyente en que las actividades de acopio, manejo y tráfico de datos se desarrollen dentro de un marco de respeto por el ejercicio de los derechos fundamentales, tal como es propio en un Estado social de derecho.

La ausencia de un artículo constitucional que lo consagre exclusivamente y la ubicación de la norma relativa al tratamiento de datos dentro del artículo 15 superior, no puede dar lugar a que se interprete que el hábeas data es una expresión del ejercicio de otros derechos, como la intimidad y el buen nombre.

Así, la jurisprudencia ha dilucidado el contenido esencial del hábeas data, definiéndolo como la posibilidad efectiva “por parte del sujeto concernido, de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido... en archivos y bancos de datos”<sup>9</sup>. De allí que esta Corte haya derivado un concepto y unas características propias, que permiten afirmar la autonomía del mencionado derecho respecto de otros, con los cuales se le suele relacionar.

En este sentido, al examinar la constitucionalidad de la Ley 1266 de 2008, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre el hábeas data, la Corte argumentó<sup>10</sup> (no está en negrilla en el texto original):

“El derecho al hábeas data es definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales. Este derecho tiene naturaleza autónoma y notas características que lo diferencian de otras garantías con las que, empero, está en permanente relación, como los derechos a la intimidad y a la información.”

Además, en el mismo fallo citado se explicó que la regulación contenida en la Ley 1266 de 2008 sobre el hábeas data era parcial, por cuanto normaba particularmente<sup>11</sup> el manejo de datos financieros, comerciales y crediticios, afirmando así que los alcances del hábeas data

eran más amplios que los sugeridos en la norma revisada. Al respecto, en la citada sentencia se lee:

“... es una regulación del derecho al hábeas data con un carácter sectorial, en la medida en que los mecanismos concretos para la protección del derecho contenidos en el Proyecto respondían exclusivamente a la recopilación de datos personales de contenido financiero, comercial y crediticio, destinados al cálculo del riesgo crediticio, sin que el legislador hubiera extendido las consecuencias jurídicas de la regulación a otros escenarios de protección de datos personales...”.

6.2. En este orden de ideas, recientemente el legislador tramitó un proyecto de ley estatutaria, con el propósito de crear un marco normativo general que regule el hábeas data, cuyo contenido no da lugar a restringir los alcances de este derecho a un tipo concreto de datos, sino que parte del carácter personal del dato como criterio base para su regulación<sup>12</sup>.

Este proyecto normativo (texto conciliado del proyecto de ley estatutaria 184 de 2010 del Senado y 046 de 2010 de la Cámara de Representantes) fue examinado por esta corporación en la sentencia C-748 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual se declaró la exequibilidad de la mayoría del articulado revisado y se reiteró el carácter autónomo del hábeas data, explicando que el sistema de regulación adoptado por el legislador corresponde a un modelo híbrido, en el que confluyen una ley general con reglas mínimas de protección y las normas especiales que se dictaren, según el tipo de dato personal que lo requiera<sup>13</sup>, lo cual destaca que el amparo dispuesto en la nueva legislación se extiende a todo dato de carácter personal, registrado en cualquier base de datos, tal como lo dispone el artículo segundo del mismo proyecto<sup>14</sup>.

Todo lo anterior conlleva a la extracción de dos conclusiones básicas que, en punto del ejercicio del hábeas data, resultan pertinentes. La primera de ellas consiste en afirmar que es un derecho autónomo, cuyo contenido y ejercicio puede lograrse independientemente de otros derechos de rango constitucional<sup>15</sup>, lo cual no desconoce que su protección en sede de tutela suela estar ligada al amparo de, por ejemplo, la intimidad y el buen nombre.

Como segunda conclusión, puede sostenerse que no es la destinación o utilidad del dato que se administra (verbigracia, la medición del riesgo crediticio, del pasivo del titular, etc.) la

característica que permite alegar su ejercicio, sino su carácter personal<sup>16</sup> lo que posibilita invocar que se está ejerciendo el hábeas data o la autodeterminación informática<sup>17</sup>, entendido como expresión de la libertad del individuo para tener bajo su esfera de posibilidades jurídicas, acceder, conocer, actualizar, aclarar, corregir, complementar y publicar la información que sobre él se recolecta, maneja, administra o circula.

6.3. Ahora bien, tratándose del registro de datos en la historia laboral de un afiliado al Sistema General de Seguridad Social, esta Corte ha encontrado un escenario idóneo para la extensión de los alcances del hábeas data, tomando en consideración que los datos que allí se registran tienen, evidentemente, un carácter personal, pues a través de ellos se conocen aspectos que atañen al ámbito particular del titular del derecho, tales como su identificación e individualización, el tipo de actividad económica y personal de la que deriva sus ingresos (ora por la existencia de una relación laboral, ora por la realización de otro tipo de actividad económica), el monto de tal ingreso, el pago oportuno de las cotizaciones respectivas, la proporción de la deducción que se le efectúa, el tiempo laborado o de servicios prestados, las licencias disfrutadas o pendientes, sus nombramientos o retiros, entre otros<sup>18</sup>.

Además, tales datos tienen una incidencia directa en el cabal ejercicio de algunos derechos fundamentales del afiliado, quien al momento de solicitar el reconocimiento de derechos laborales y prestaciones sociales de las que puede derivar los ingresos necesarios para su subsistencia, dependerá de la calidad y la cantidad de información registrada por la entidad respectiva, la cual toma como fuente de información tales datos para realizar un eventual reconocimiento de las prestaciones requeridas.

Un planteamiento similar ya ha sido expuesto por esta Corte, al observar la vulneración del hábeas data en casos en los que se presentan inexactitudes o información deficiente en la historia laboral de los afiliados al Sistema de Seguridad Social. Así consta, por ejemplo, en la sentencia T-317 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa (no está en negrilla en el original):

“Tal como lo ha reiterado esta Corporación, el derecho al habeas data tiene una dimensión positiva que comprende, a lo menos, (i) el derecho a figurar en los archivos de información o en las bases de datos de las cuales depende el acceso a un derecho o servicio básico; (ii) el derecho a que la información sea correcta, completa y actualizada; y (iii) el derecho a que

circule por los conductos regulares de manera efectiva y oportuna hasta la autoridad administrativa competente para decidir sobre el acceso al derecho o al servicio.

En consecuencia, como quiera que las fallas en el almacenamiento, actualización y circulación interna de información completa, oportuna y actualizada sobre la historia laboral del accionante, así como sobre los posibles aportes de seguridad social pueden afectar el goce efectivo de los derechos fundamentales de habeas data y seguridad social y, además, vulnerar el principio de buena fe, encuentra la Corte que es necesario que la administración... adopte en el corto plazo las medidas y correctivos necesarios para superar este tipo de irregularidades que puedan poner en peligro el goce efectivo de los derechos fundamentales del accionante.”

En la sentencia T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se consideró (tampoco está en negrilla en el texto original):

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

Así las cosas, es menester afirmar que en el recaudo, administración, manejo y circulación de los datos que componen la historia laboral de un afiliado al Sistema General de Seguridad Social, deben observarse los principios que rigen el ejercicio del hábeas data, entre los que destacan los de legalidad, finalidad, transparencia, veracidad (que comprende integridad, exactitud y actualidad de los datos), acceso y seguridad, ya que involucran aspectos

personales de aquel, cuya administración, de no ajustarse a tales parámetros, puede restar la posibilidad de que los datos no correspondan a la realidad, permitiendo eventualmente la consecuente vulneración de otros derechos fundamentales, como la vida digna o el mínimo vital. En este sentido, en sentencia T-599 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte expuso:

“Se está en presencia de una vulneración del derecho a la autodeterminación informática, en los eventos en que se impide el conocimiento, actualización y rectificación de bases de datos. Por tanto, el habeas data o derecho a la autodeterminación informática constituye una garantía para el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.”

En consecuencia, cuando la entidad administradora de pensiones desatiende los requerimientos del afiliado en los que advierte sobre la inexactitud de su historia laboral, y ella no despliega las actuaciones pertinentes que conduzcan a resolver el desacuerdo del afiliado sobre la veracidad o la integridad de los datos consignados en sus bases de datos, vulnera el hábeas data, pues le niega la posibilidad de que sean corregidos o complementados, pasando por alto su obligación de registrar datos veraces y completos que correspondan a la realidad de la afiliación.

Séptima. Régimen probatorio en materia de tutela. Los indicios como prueba de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones

La acción de tutela está sometida a un procedimiento sumario, informal y preferente, lo cual es consecuencia del interés del constituyente en establecer una herramienta jurídica expedita para proteger y/o restablecer los derechos fundamentales en riesgo o conculcados. Como consecuencia de dicha naturaleza, el trámite de esta acción constitucional no puede trabarse, a la espera del allegamiento de medios de prueba de determinada índole, origen o extracción, para dar certeza sobre uno u otro hecho aducido como lesivo de los derechos fundamentales del accionante, menos si se está afectando la vida digna de una persona.

Por ello, el Decreto 2591 de 1991 no excluyó medio probatorio alguno y, por el contrario, el inciso 2° de su artículo 21 dispone la libertad probatoria a través de la cual el juez puede arribar al convencimiento de la real lesión o riesgo contra derechos fundamentales: “En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela”.

Es más, como muestra de la naturaleza sumaria e informal de esta acción, así como de la finalidad de protección especial que tiene, también pueden citarse los artículos 20 y 22 del mismo Decreto, que permiten proferir el fallo que resuelve el asunto tan pronto el juez llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas, o asumir como cierto lo aseverado por el actor, si el demandado no allega los informes que le han requerido, siempre que no considere necesario efectuar otra averiguación previa.

De todo lo anterior resulta claro que es el convencimiento del juez sobre los hechos que se alegan como lesivos de derechos fundamentales lo que le permite proferir un fallo que resuelva el asunto, sin estar ligado a un medio probatorio en concreto. Lógicamente, para llegar al convencimiento de que existe una vulneración o una amenaza contra tales derechos, el juez deberá acudir a los criterios de la sana crítica, que en ningún caso pueden excluirse del análisis de la situación que debe resolver.

Esto no implica que el carácter sumario e informal de la acción de tutela elimine la responsabilidad del accionante de asumir la carga probatoria que le corresponde cuando alega hechos constitutivos de vulneración, pero tampoco significa que la protección de sus derechos fundamentales dependa exclusivamente del allegamiento de determinados medios de prueba, cuya consecución le puede representar un alto grado de dificultad, cuando puede arribar a la convicción a través de otros medios de prueba que se aportan.

Por ello, cuando se trata de situaciones de hecho en las que el accionado, por motivos que se desconocen, es renuente a suministrar o a indagar sobre la información precisa cuya guarda, conservación y custodia le corresponde, que resulta importante para resolver el asunto, tal como sucede con la información relativa al pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones efectuadas tiempo atrás, el juez puede dar credibilidad a las afirmaciones que el actor realice sobre aportes no registrados en su historia laboral, basándose en los elementos probatorios que se incorporen, que le generen el convencimiento de estar frente a la vulneración o riesgo de los derechos fundamentales del actor, aún cuando tales elementos sean hechos indicadores.

Este razonamiento se torna aún más relevante cuando se evidencia la posible concreción de un perjuicio irremediable, que podría lesionar derechos fundamentales de un sujeto de

especial protección constitucional, como una persona de la tercera edad, con padecimientos serios de salud y carente de ingresos.

Octava. Subsidiariedad de la acción de tutela. Procedencia para evitar la consumación de un perjuicio irremediable

Por regla general, la acción de tutela resulta improcedente cuando existen otros medios ordinarios de defensa de los derechos del accionante. Empero, cuando se está frente a la eventual concreción de un perjuicio irremediable, se torna procedente la protección por esta vía, tal como lo dispone el artículo 86 de la Carta Política. En este sentido, en sentencia T-109 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa, la Corte sostuvo:

“En este caso, tal como lo manifiestan la accionada y los jueces de instancia, la tutelante dispone de un medio de defensa judicial idóneo para controvertir la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se le negó el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes. No obstante, a juicio de la Sala el amparo persigue evitar un perjuicio irremediable y, por eso, debe declararse procedente y estudiarse de fondo. En efecto, la peticionaria, a sus 60 años de edad, no cuenta con una fuente de ingresos reales para atender sus necesidades básicas, lo que la ha obligado a depender de la caridad de sus vecinos. La Sala considera que el perjuicio que podría irrogársele a la tutelante, si no se resuelve de manera pronta su situación, es más que inminente, porque es actual.”

Lo anterior pone en evidencia que existen eventos en los que es impostergable la actuación del juez de tutela, a fin de corregir la situación que está lesionando los derechos del actor, debiendo ponerse fin, con apremio, a las circunstancias de hecho que contrarían los derechos invocados y sin que necesariamente se deba otorgar la protección solo como mecanismo transitorio.

Novena. Análisis del caso concreto

9.1. La señora Ana Elisa Artunduaga presentó acción de tutela contra el ISS, alegando vulneración de sus derechos al debido proceso y al mínimo vital, bajo el argumento de haber solicitado infructuosamente a dicha entidad que complete su historia laboral, pues en ella no

se registran las cotizaciones correspondientes a periodos que laboró en diferentes empresas, cuyos nombres y números patronales ha relacionado en los escritos de petición y en las solicitudes de reconocimiento pensional que ha presentado. Según expresó, esta circunstancia ha causado que no se le conceda la prestación a la que aspira, generando grave afectación a sus condiciones de vida.

Adicionalmente, expuso que no se están teniendo en cuenta varios periodos de cotización en los que sus empleadores incurrieron en mora. En este sentido, manifestó que pagó \$270.000 correspondientes a la mora de su empleador Inversiones El Asesor y que no se le están contando como periodos cotizados las semanas que su empleador Sinduveam no pagó desde 1995. Así, solicitó que se reconociera su pensión de vejez, computándose las semanas que no se le han tomado en cuenta y que ha reclamado en varias oportunidades.

9.2. Según se deriva del recuento de los hechos que la accionante efectuó en su demanda y de las pruebas que obran en el expediente, la actora presentó peticiones al ISS en enero 7 de 1994, julio 11 de 1995, noviembre 20 de 2002, diciembre 10 de 2003, abril 30 de 2004, julio 13 de 2004, septiembre 8 de 2004, septiembre 10 de 2004, enero 6 de 2005, mayo 13 de 2005, mayo 31 de 2006, junio 2 de 2006, enero 5 de 2007, mayo 7 de 2008, agosto 11 de 2008, septiembre 8 de 2008, diciembre 12 de 2008 y octubre 26 de 2009 (18 en total), a ninguna de las cuales la entidad accionada dio respuesta de fondo, sino que trasladó internamente el asunto, de una dependencia a otra, sin emitir un pronunciamiento que resolviera definitivamente las solicitudes expuestas, dirigidas a que se iniciaran las actuaciones o averiguaciones pertinentes para completar su historia laboral con las semanas que no se registraban.

En el expediente se constata que las actuaciones llevadas a cabo por la entidad demandada en relación con las solicitudes de la accionante, son las siguientes:

a. Comunicación de diciembre 10 de 2003, elaborada por el Asesor de Secretaría General del ISS, dirigida al Gerente Seccional del mismo Instituto, en la que se remitió la solicitud de la actora con relación a la actualización de las cotizaciones efectuadas, "incluyendo las de Prosperar" (f. 16 ib.).

b. Comunicación de enero 22 de 2004, elaborada por la Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Cundinamarca, en la que remitió al Grupo de Decisión -

Resoluciones Manuales, la petición allegada por la accionante para que realizara el estudio respectivo de semanas cotizadas y así poder atender sus solicitudes (f. 17 ib.).

c. Comunicación de diciembre 14 de 2004, en respuesta a la petición de la demandante de octubre 10 de 2004, remitiéndosele su certificado de semanas cotizadas y requiriendo información acerca de su afiliación, para poder elaborar un informe completo de su historia laboral (f. 19 ib.).

d. Comunicación de marzo 4 de 2005, elaborada por el Coordinador Nacional de Semanas Cotizadas del ISS, dirigida a la Jefe de Afiliación y Registro, mediante la cual dio traslado de la petición hecha por la accionante en enero 6 de 2005, para que “procediere a lo correspondiente” según su competencia, y así “continuar con el proceso de convalidación de ciclos faltantes por retiros retroactivos”, a lo cual agregó que “si hay lugar a Investigación Administrativa también debe realizarse.” (f. 22 ib.).

e. Comunicación de junio 9 de 2005, en contestación a la petición presentada por la accionante en abril 14 del mismo año, informándosele que se había dado traslado de su solicitud a la Seccional de Cundinamarca para iniciar el trámite de convalidación de tiempos bajo el patronal 01006106938, y proceder a la corrección a que hubiese lugar (f. 23 ib.).

a. Comunicación de fecha 24 de julio de 2006, elaborada por la Asesora de Vicepresidencia de Pensiones, en la que dio traslado al Jefe de Atención al Pensionado de la petición efectuada por la accionante en junio 2 de 2006, informando a la peticionaria que podía acercarse ante el Defensor del Cliente con el que contaba la institución, a fin de exponer todas las quejas que tuviese frente al servicio prestado (f. 34 ib.).

a. Comunicación de mayo 21 de 2008, elaborada por la Asesora de Vicepresidencia de Pensiones, dando traslado de carácter “urgente” al Jefe de Atención al Pensionado, de una nueva petición de la accionante, para que respondiera las solicitudes de unos usuarios allí relacionados, entre los que estaba la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado (fs. 42 y 43 ib.).

Como se observa, ninguna de las actuaciones descritas atendió el fondo de las solicitudes mediante las cuales la accionante requirió la realización de una investigación administrativa que indagara sobre las semanas laboradas que, según ella, no se registraban en su historia laboral, sino que continuamente se dio traslado del asunto de una dependencia del ISS a otra, sin iniciar las actuaciones pertinentes para constatar si las afirmaciones de la accionante, en las que se quejaba de la inexactitud de su historia laboral, eran ciertas o no, negando en varias oportunidades la pensión de vejez que pretendía, debido a la insuficiencia de semanas cotizadas.

Ahora bien, respecto de las comunicaciones de diciembre 14 de 2004 y junio 9 de 2005, en las cuales se le solicitó a la accionante que “si había cotizado al ISS con números de afiliación diferentes a los relacionados en sus escritos de petición, por favor los suministrara, o en su defecto informara los números patronales con las fechas aproximadas laboradas y el nombre de la ciudad en la que trabajó” (fs. 19 y 23 ib.), la Sala debe destacar que tal requerimiento carecía de fundamento, por cuanto la información que se le solicitaba a la demandante versaba sobre asuntos propios de la actividad del ISS, que la actora no estaba en la obligación de conservar y suministrar, tal como los números patronales con los que sus anteriores empleadores estaban identificados para realizar las cotizaciones correspondientes al sistema.

En este sentido, no le era exigible a la accionante un pedimento de este tipo, en cuanto la entidad debió desarrollar las actuaciones necesarias tendientes a la búsqueda de la información pedida por la actora, pues era su deber, como guardiana de la información y de los documentos concernientes a la afiliación, indagar en sus bases de datos y archivos físicos si le asistía razón a la demandante sobre la existencia de cotizaciones en determinados lapsos, que no aparecían en su historia laboral. Por ello, no le es admisible al ISS trasladar las cargas propias al afiliado que aspira al reconocimiento de una prestación, siendo su deber ordenar, administrar, conservar y cuidar tal información.

Con todo, la demandante suministró la información solicitada por el ISS en varios de los escritos, tal como se muestra en los presentados en julio 11 de 1995 (fs. 4 y 5 ib.), noviembre 20 de 2002 (f. 14 ib.) y mayo 31 de 2006, ratificando dicha información en enero 6 de 2005 (fs. 20 y 21 ib.), agosto 11 de 2008 (fs. 38 y 39 ib.) y octubre 26 de 2009 (fs. 61 y 62 ib.).

Esta circunstancia pone de presente que la accionante estuvo presta a informar lo requerido por el ISS, a pesar de ser éste el obligado a recuperar tales datos, lo cual evidencia la incuria del ente accionado que, debiendo contar con la información solicitada, no realizó las actuaciones necesarias para dar solución definitiva a las múltiples solicitudes que la demandante dirigió para que se completara su historia laboral.

En este orden de ideas, la Sala encuentra una vulneración al derecho de petición de la señora Artunduaga Maldonado, quien desde 1994 ha presentado peticiones con el propósito de que se corrijan datos de su historia laboral y se investigue acerca de la existencia de semanas que asegura haber cotizado y no se registran, sin que tales pedimentos hubieren sido resueltos definitivamente, lo cual también generó, correlativamente, la vulneración al debido proceso que a continuación se explica.

9.3. En efecto, como consecuencia de la negativa de la administración a resolver de fondo los requerimientos insistentemente efectuados, que ponían de presente falta de completitud e integridad en la historia laboral de la accionante, con negligencia de parte del ISS para investigar los periodos que la demandante alegaba faltantes, ha quedado sin resolver la situación de hecho que ella solicitaba se le solucionara, sin que se le informara siquiera de la apertura de una averiguación para tal fin, negándole coetáneamente la oportunidad de resolver su inconformidad y conculcando, en consecuencia, el debido proceso administrativo.

Esta circunstancia conllevó que las solicitudes de reconocimiento pensional hechas por la actora, así como los recursos presentados contra los actos administrativos que resolvían tales solicitudes, se resolvieran sin indagar si a la actora le asistía razón al alegar la ausencia de semanas cotizadas en su historia laboral, lo cual constituye un incumplimiento de la obligación de la entidad administradora de verificar objetivamente el lleno de los requisitos que la ley dispone para acceder a una prestación, además de una omisión en el trámite administrativo para resolver las solicitudes de reconocimiento.

9.4. Tal proceder por parte del ISS no solamente condujo a que se hiciera un estudio incompleto o parcial sobre la real posibilidad de que la accionante disfrutara de su pensión de vejez, repercutiendo negativamente en el ejercicio de su derecho al debido proceso, sino también le negó la posibilidad de contar con una historia laboral completa y veraz,

configurándose también una conculcación de tal especial forma de hábeas data.

En efecto, la actora ha insistido en que su historia laboral no está completa, pues no incluye varios periodos trabajados en diferentes empresas. A pesar de que en varias ocasiones ha puesto dicha situación en conocimiento del ISS, éste no ha verificado la existencia de las semanas reclamadas.

Sus peticiones nunca fueron resueltas por el ISS, que se limitó a trasladarlas internamente, impidiéndole completar la información. Un proceder así, con ocasión del cual se omite indagar sobre la exactitud de los datos que informan sobre la afiliación de una persona al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, niega el derecho de completar y corregir la información que sobre alguien versa en tales bases de datos, vulnerando ese contenido del hábeas data, dentro del cual se comprende la facultad de completar, integrar, corregir y aclarar una información personal.

9.5. Con todo, en la mayoría de los casos aparecen cotizaciones parciales a favor de la demandante, sin que se tenga certeza de si el empleador incurrió en mora durante los respectivos periodos; el ISS allegó tan solo un informe parcial, donde no es posible constatar si los empleadores anteriores a 1995 incurrieron en mora. Adicionalmente, la actora no allegó documento alguno que corrobore la existencia de la afiliación en tales periodos, ni el pago de los aportes, ni la relación laboral de la que dicho pago pudiera inferirse.

No sucede lo mismo con el periodo comprendido entre enero 4 de 1967 y enero 16 de 1969, en el que la accionante adujo haber trabajado para la empresa Colchonería Industrial, razón por la cual la Sala se detendrá al análisis del acervo probatorio obrante en el expediente.

En este punto, si bien la actora no aportó algún certificado o constancia escrita en la que se acredite la existencia de la relación laboral en virtud de la cual se efectuó el pago de aportes en 1967, a folios 47 a 50 del cuaderno inicial del expediente se observa que la accionante adjuntó copia de una historia clínica, donde consta que recibió atención médica en la Clínica La Inmaculada de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús, en Bogotá, entre febrero 13 de 1967 y mayo 5 del mismo año. En dicha historia clínica se registra la siguiente referencia: "Entidad: ICSS C. 01-162563". Este número no solo aparece en la historia clínica que la actora aporta, sino en otros documentos de autoría del ISS que reposan en el expediente, a saber (en los textos originales no está subrayado):

i. Copia de la comunicación 151659, de noviembre 26 de 2004, suscrita por Jorge Enrique Herrera, Coordinador Nacional de Semanas Cotizadas del ISS, en la que se le solicita a la accionante que “si cotizó al ISS con números de afiliación diferentes a los relacionados en la referencia, favor suministrarlos”, anotando “Afiliación: 920173876-010162563” (f. 19 ib.).

i. Copia de la comunicación de marzo 4 de 2005, suscrita por Jorge Enrique Herrera R., Coordinador Nacional de Semanas Cotizadas del ISS, en la que se dio traslado de la petición hecha por la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado a la Jefe de Afiliación y Registro del ISS, “para continuar con el proceso de convalidación de ciclos faltantes por retiros retroactivos”, citando en la referencia del documento los siguientes números de afiliación de la ahora actora, “920173876-010162563” (f. 22 ib.).

i. Copia de la comunicación 083345 de junio 9 de 2005, suscrita por Jorge Enrique Herrera, Coordinador Nacional de Semanas Cotizadas del ISS, en la que se repite el contenido de la comunicación 151659 de noviembre 26 de 2004 (f. 19 ib.) y se vuelve a citar la afiliación N° 010162563 (f. 23 ib.).

(iv) Copia de la historia laboral de la demandante, expedida por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS en marzo 3 de 2010, donde se lee “Afiliaciones: 010162563 012470451 920173876” (f. 40 ib.).

Adicionalmente, en la historia clínica aportada por la accionante, en el aparte destinado a los antecedentes culturales y ambientales de la paciente, se lee “Empleada como dependiente en fábrica de colchones, satisfecha de su trabajo...” (f. 49 ib.).

Se constata, entonces, que en 1967 la ahora demandante fue atendida por una institución médica, que elaboró una historia clínica donde registró que ella trabajaba en una fábrica de colchones, que la entidad a la que se encontraba afiliada era el “ICSS” y que el número de afiliación que se reportó allí fue también citado en documentos de autoría del ISS, entre los que se destaca un reporte de semanas cotizadas expedido por la Vicepresidencia de

Pensiones de dicha entidad, hechos que coinciden con las múltiples afirmaciones que la actora hizo durante 16 años en varios escritos de petición, según las cuales trabajó para la Colchonería Industrial desde enero 4 de dicha anualidad.

Así, del análisis detallado del expediente se colige que la accionante, con afiliación N° 010162563, estuvo vinculada al entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales, ICSS en 1967, año cuando fue atendida por una entidad médica que le prestó sus servicios como afiliada a ese Instituto; además, el número 010162563 citado como referencia de afiliación de la actora en tres comunicaciones del ISS, relacionadas con sus aportes para pensión, así como en el reporte de semanas cotizadas que la Vicepresidencia de Pensiones de la misma entidad expidió, revelan que dicho número era usado para identificar las cotizaciones de Ana Elisa Artunduaga Maldonado, con relación a la pensión que cubriera los riesgos de vejez, invalidez o muerte, riesgos que, para la época, el ISS ya había asumido en Bogotá<sup>19</sup>.

El Instituto ahora accionado ya había tenido conocimiento de la historia clínica comentada, sin haberse pronunciado al respecto, pues tal documento fue aportado por la demandante como anexo de la petición que hizo en agosto 11 de 2008. Más aún, el ISS en ningún momento se pronunció sobre los hechos alegados en este sentido, ni desvirtuó la autenticidad de la historia clínica o dio explicación sobre ella, razones por las cuales no surge argumento para restarle verosimilitud al contenido de dicho documento.

Por lo anterior, es posible inferir que la accionante se encontraba afiliada al ahora ISS en 1967, cuando fue atendida por una institución médica durante casi 3 meses, debiendo recordarse que dicho Instituto tiene el deber de administrar y custodiar la información referente a sus cotizaciones al sistema pensional, cosa que no hizo bien, a pesar de tener pleno conocimiento del número con el cual se identificaba la afiliación y usarlo en varias comunicaciones para referirse a la afiliación de la accionante. Se desconoce entonces el manejo y la suerte de los documentos en los que constaba la afiliación de la demandante en dicha época, pues el ISS nunca se pronunció respecto al citado número de afiliación, a pesar de los requerimientos hechos por la demandante y por esta misma corporación.

En consecuencia, a partir de los referidos hechos indicadores, además de no aparecer desvirtuada la presunción de buena fe (art. 83 Const.) y tener que dar aplicación a lo establecido en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala dará credibilidad a la

afirmación de la demandante, según la cual trabajó para la empresa Colchonería Industrial a partir de enero 4 de 1967 y tendrá por probadas las 55 semanas de cotización a pensión, comprendidas entre tal fecha y enero 29 de 1968, fecha en la que aparece registrada su primera cotización al ahora ISS, según la historia laboral aportada.

9.6. En relación con la mora que se presenta en el pago de las cotizaciones a favor de la actora al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se observa que en la historia laboral allegada por el ISS, que coincide con la aportada por ella, visible a folios 24 a 28 del cuaderno de la Corte, se registra mora del empleador Sinduveam por 91,85 semanas, correspondientes al periodo comprendido entre marzo 17 de 1996 y diciembre de 1997.

A pesar de que la accionante sostiene que la mora de ese empleador se prolongó por un periodo mayor, olvida que sus cotizaciones a partir de 1998 fueron realizadas como afiliada al Régimen Subsidiado, hasta el año 2002, cuando se le desvinculó del régimen por haber cumplido 65 años, conforme a lo normado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993 (f. 32 cd. Corte). Por esta razón, solo las 91,85 semanas en las que se registra mora por parte de Sinduveam se tendrán en cuenta en el cómputo de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues la mora en que incurrió su empleador “Inversiones El Asesor” fue voluntariamente asumida por ella al pagar \$270.000.

9.7. De tal manera, esta Sala accederá al reconocimiento pensional que la actora solicita, dadas las excepcionales condiciones que ha expuesto en su demanda, que revelan la falla del ISS en custodiar y guardar la información y los documentos en los que consta la afiliación de la accionante en 1967, así como la falta de interés en responder a los requerimientos que en varias oportunidades la demandante hizo al respecto. A ello se suma la indiferencia que el Instituto accionado ha mostrado hacia los hechos que se le endilgan como lesivos de derechos fundamentales de la accionante, persona de la tercera edad que está enferma y no cuenta con los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna, infiriéndose la afectación al mínimo vital.

Los hechos expuestos ameritan que la protección constitucional de los derechos fundamentales vulnerados a la accionante no se dilate en el tiempo, como sucedería si se sometiera la decisión a una acción ordinaria, así se tutelara como mecanismo transitorio ante el evidente perjuicio irremediable.

Por esta razón, a pesar de que la accionante podría acudir a otros medios de defensa de sus derechos, se analizará el reconocimiento de su pensión de vejez en esta acción de tutela, porque así lo impone la realidad del perjuicio irremediable por la afectación del mínimo vital de la demandante, quien evidentemente merece una especial protección constitucional.

De la historia laboral de la accionante, actualizada a octubre 13 de 2011 (f. 24 cd. Corte), se deduce que entre septiembre 23 de 1972 y septiembre 23 de 1992, es decir, en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad, no llega a 500 semanas cotizadas, por lo cual deberá sumarse la totalidad de sus semanas cotizadas, a fin de cotejar si completa 1000.

Sumado el total de semanas que registra su historia laboral (857,53) con las 55 correspondientes al lapso trabajado entre enero 4 de 1967 y enero 29 de 1968, y las 91,85 semanas que no se contaron por la mora del empleador Sinduveam, desde marzo 17 de 1996 hasta diciembre de 1997, arroja un total de 1004,38 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, cumpliendo así ese requisito del artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

9.8. En consecuencia, será revocado el fallo de mayo 11 de 2011, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el dictado en abril 15 de 2011 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, negando la tutela pedida por la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado, que en su lugar se dispondrá conceder, para amparar sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, el mínimo vital y el hábeas data.

En tal virtud, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, expida la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado, que de inmediato empezará a pagar en la periodicidad correspondiente, cubriendo retroactivamente las mesadas en relación con las cuales no hubiere operado el fenómeno de la prescripción.

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

## RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de mayo 11 de 2011 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el dictado en abril 15 de 2011 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de esta ciudad, negando la tutela pedida por la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado, que en su lugar se dispone CONCEDER, en protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la seguridad social, el mínimo vital y el hábeas data.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, expida la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado, que de inmediato empezará a pagar en la periodicidad correspondiente y cubrirá retroactivamente lo causado en los últimos tres (3) años.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

## SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-855/11

Referencia: Expediente T-3.094.895

Acción de tutela instaurada por Ana Elisa Artunduaga Maldonado contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el respeto acostumbrado, haré una relación sucinta de las particularidades del caso y la consecuente exposición de los motivos que justifican la suscripción de un salvamento de voto frente a la sentencia de la referencia.

### i. Contenido de la sentencia.

La señora Ana Elisa Artunduaga Maldonado de 74 años de edad, promovió acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales debido a que estima que la misma ha vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Lo anterior, en razón a que la entidad no ha procedido al reconocimiento de su pensión de vejez bajo el argumento de que no cuenta con las suficientes semanas cotizadas para acceder a esta prestación. Según aduce la actora, ésto se debe a la inexactitud de la información que registra en su historia laboral ya que no constan en la misma varios periodos de cotización efectivamente laborados con algunas empresas, situación que puso en conocimiento de la entidad en repetidas ocasiones.

Concretamente, respecto del periodo que manifiesta haber laborado para la empresa Colchonería Industrial (enero 4 de 1967 a enero 16 de 1968), la accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales su colaboración para efectos de encontrar los periodos cotizados por la misma, a pesar de que no aportó “algún certificado o constancia escrita en la

que acredite la existencia de la relación laboral en virtud de la cual se efectuó el pago de aportes en 1967”<sup>20</sup>. No obstante, en la copia de una historia clínica allegada por la actora consta que la misma recibió atención médica en la Clínica la Inmaculada de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón entre el 13 de febrero de 1967 y el 5 de mayo del mismo año, mientras trabajaba para una fábrica de colchones. En el mencionado historial registra la siguiente referencia: “Entidad: ICSS C.01-162563” pudiendo inferirse que la actora se encontraba para esa fecha afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para su atención en salud.

A efectos de determinar si se consumó la alegada vulneración de derechos fundamentales, el problema jurídico fue formulado en los siguientes términos: “si la negativa de una entidad administradora de pensiones a reconocer la pensión de vejez de un afiliado, sin haber realizado previamente las actuaciones pertinentes para resolver la inconformidad que éste manifestó en varias oportunidades respecto a los datos registrados en su historia laboral, lesiona sus derechos fundamentales.”

Con el fin de resolver el problema jurídico, se hizo una reiteración acerca de la mora del empleador en el pago de aportes al sistema de seguridad social; la vulneración del derecho al debido proceso administrativo en materia pensional; el deber de custodia del Instituto de Seguros Sociales respecto de la información relativa a pensiones; el derecho al habeas data en los casos en que se presenta un inexactitud en la historia laboral; y finalmente sobre el ‘indicio’ como medio para probar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Esta providencia, para dar respuesta al interrogante planteado, propone en el estudio del caso concreto que la historia clínica aportada por la actora, donde consta que la misma fue atendida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales ICSS en 1967 durante tres meses, es un indicio que permite tener como probada la vinculación de la actora a Colchonería Industrial por el periodo de un año (desde el 4 de enero de 1967 hasta el 16 de enero de 1968) y que por tal razón deben serle reconocidas las 55 semanas de cotización a pensiones que corresponden a ese periodo laborado.

Con base en lo anterior la providencia ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora en estos términos: “sumado el total de semanas que registra su historia laboral

(857,53) con las 55 correspondientes al lapso trabajado entre enero 4 de 1967 y enero 29 de 1968, y las 91,85 semanas que no se contaron por la mora del empleador Sinduveam, desde marzo 17 de 1996 hasta diciembre de 1997, arroja un total de 1004,38 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, cumpliendo así ese requisito del artículo 12 del decreto 758 de 1990.”

i. Por medio de la acción de tutela sólo se reconocen pensiones de forma excepcional

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha establecido el carácter excepcional de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograr el reconocimiento de la pensión o para atacar los actos que la reconocen, por lo que ha sostenido como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte ha sostenido que para estas controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha previsto mecanismos judiciales y administrativos especiales.<sup>21</sup> Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar integralmente estos debates.<sup>22</sup>

Sin embargo, esta Corporación ha establecido que la misma es procedente para ordenar el reconocimiento o reajuste de las mesadas pensionales, únicamente en cumplimiento de unos determinados requisitos:

1. Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado,<sup>23</sup> o que su falta de reconocimiento no se fundamente en la discusión sobre el cumplimiento de los requisitos para ello, o en la inaplicación y/o aplicación errónea de preceptos superiores.<sup>24</sup>

1. Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.<sup>25</sup>

1. Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.<sup>26</sup>

1. Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, bien su condición de persona de la tercera edad, o que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal.<sup>27</sup>

Lo que quiere decir que en los casos en los cuales se solicita por esta vía el otorgamiento de una pensión de jubilación, se requiere que la falta de reconocimiento de tal derecho no se fundamente en la discusión sobre el cumplimiento de los requisitos que se necesitan para ello, como quedó establecido en el primer requisito. Lo anterior, significa que para proceder al reconocimiento del derecho a la pensión de vejez a través de una acción de tutela es necesario que se encuentren probados en el expediente, aunque sea de manera sumaria, los hechos en que se basan sus pretensiones y que el/la accionante acredite el cumplimiento de los presupuestos de Ley para ser acreedor de la pensión de vejez.<sup>28</sup>

Por consiguiente, luego de verificar el examen del caso concreto realizado y una vez analizado el acervo probatorio que obra en el expediente, puedo concluir que en el presente caso no se encontraban plenamente acreditados los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 (55 años de edad y 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo según el artículo 12 del Decreto 758 de 1990), régimen que le era aplicable a la accionante para el reconocimiento de su derecho a la pensión de vejez. Por esta razón considero que la decisión contenida en esta providencia desconoce el principio general que establece el carácter excepcional del reconocimiento de pensiones mediante la acción de tutela.

i. En el proceso constitucional de tutela no se requiere el íntimo convencimiento del juez pero si una fundamentación jurídica con base en criterios de la sana crítica

De otra parte, el inciso 2° del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991 consagró la libertad probatoria del juez constitucional para arribar al convencimiento de la efectiva lesión o riesgo de los derechos fundamentales en estos términos “en todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela.”

Así mismo, ésta Corte ha sostenido que la autorización que el artículo 22 del mismo decreto da al juez para fallar tan pronto como llegue al convencimiento de los hechos “no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria, dadas las características de este procedimiento.”<sup>29</sup>

De este modo, si bien la decisión de un juez constitucional puede estar fundada en cualquier medio probatorio según el inciso 2° del artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, esta disposición debe ser interpretada armónicamente con el artículo 18 del mismo decreto según el cual “el juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho”

De conformidad con lo dicho, el fundamento que debe brindar un juez para amparar los derechos invocados en el trámite de una acción de tutela deberá estar dado por un medio de prueba que, a la luz de la sana crítica, sea suficiente para demostrar que efectivamente existe una violación o amenaza del derecho fundamental. De tal suerte que, si los medios probatorios que obran en el proceso de tutela no permiten probar con algún grado de certidumbre los hechos que se afirmaron en la solicitud de tutela, no podrá el juez de tutela proceder al reconocimiento de las pretensiones alegadas.

Así las cosas, considero que en este caso el juez constitucional, teniendo en cuenta únicamente el indicio derivado de la historia clínica donde consta que la actora fue atendida en salud por la Clínica La Inmaculada de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús del ICSS por aproximadamente tres meses (desde el 13 de febrero de 1967 hasta el 5 de mayo del mismo año), no podía inferir, conforme a criterios de la sana crítica, que la

vinculación laboral de la actora con Colchonería Industrial se había dado por un periodo de un año (del 4 de enero de 1967 al 16 de enero de 1968) tal como lo manifiesta la accionante y que en consecuencia, la accionada debía reconocer a la señora Artunduaga Maldonado 55 semanas de cotizaciones correspondientes a un año de servicios. Por consiguiente, dado que no se verificó una fundamentación jurídica conforme a los criterios de la sana crítica para acreditar los requisitos para que la accionante accediera a la pensión de vejez conforme a la normatividad que le era aplicable debió haberse negado el amparo, razón por la cual me aparto del sentido del fallo. A mi juicio, la decisión contenida en esta providencia desconoce las distintas disposiciones del Decreto 2591 de 1991 que imponen al juez constitucional la obligación de valorar los medios de prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Con base en los supuestos fácticos mencionados y en las razones expresadas en los fundamentos ii) y iii) me permito suscribir un salvamento de voto con relación a la presente providencia.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Según el relato de la accionante y los documentos obrantes en el expediente, ella solicitó el reconocimiento de su derecho pensional en las siguientes oportunidades:

a. En octubre 15 de 1992. En esta ocasión, el ISS negó su derecho mediante la Resolución número 009670 de octubre 12 de 1993, argumentando que la actora contaba con tan solo 276 semanas cotizadas, lo cual era insuficiente para acceder a sus pretensiones (f. 3 cd. inicial). Contra esta resolución, la actora presentó los recursos de reposición y en subsidio apelación, los cuales confirmaron la decisión impugnada.

b. En junio 22 de 1999. Dicha solicitud fue negada por la Resolución 014881 de julio 30 siguiente, bajo el argumento de que contaba con un total de 432 semanas cotizadas, de las cuales 130 correspondían a los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida. Contra esta resolución presentó los recursos de la vía gubernativa, los cuales fueron

resueltos negativamente a sus intereses (f. 8 ib.).

c. En enero 8 de 2002. En esta oportunidad se negó el derecho de la accionante a través de la Resolución 005355 de marzo 18 de 2002, en la que se dijo que la solicitante contaba con 627 semanas cotizadas, de las cuales 130 correspondían a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

d. En enero 8 de 2002, el ISS negó el reconocimiento pensional a la actora mediante Resolución 053815 de noviembre 7 de 2008, pues contaba con tan solo 814 semanas cotizadas, de las cuales 396 fueron realizadas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad requerida (55 años).

2 Ver T-116 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

3 Ver, entre otras, T-1154 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-641 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1147 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería; T-1208 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño; y T-284 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Ver T-341 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

5 Ver, entre otras, C-179 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz; SU-430 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-702 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6 T-120 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

7 C-540 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

8 T-558 de 2007, M. P. Jaime Araujo Rentería.

10 Ibídem.

11 En efecto, el artículo 1º de la Ley 1266 de 2008 estatuye: “OBJETO. La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales a que se refiere el artículo 15 de la

Constitución Política, así como el derecho a la información establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.” (No está en negrilla en el original.)

12 El texto conciliado del proyecto de ley estatutaria 184 de 2010 del Senado y 046 de 2010 de la Cámara, establece en su artículo 1º: “Objeto. La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma.”

13 En el comunicado de prensa número 40 de octubre 5 y 6 de 2011, se informa sobre la decisión adoptada: “Para comenzar, y después de reiterar que el derecho fundamental al hábeas data es diferente al derecho a la intimidad, al buen nombre y a la información, la Sala concluyó que el proyecto de ley introduce un modelo híbrido de protección en el que confluyen, en primer lugar, una ley estatutaria general con reglas comunes y mínimas para el tratamiento de todo tipo de dato personal y que prevé un órgano, que debe actuar de forma autónoma e independiente, encargado de hacer cumplir la ley general, resolver controversias y fijar políticas públicas en la materia; y en segundo lugar, leyes sectoriales complementarias que establecen reglas adicionales aplicables al tratamiento de datos con características especiales y cuyo procesamiento genera tensión entre el derecho al habeas data y otros principios constitucionales, como la soberanía nacional, el orden público, la libertad de prensa, etc.”.

14 Dicho artículo dispone en su primer inciso: “Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.”

15 Cfr. T-964 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

16 Así, en sentencia C-1011 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se sostuvo que el objeto de protección del hábeas data es el informe personal que tiene como características: “i) estar

referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.”

17 Cfr. T-552 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-592 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; y SU-089 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía, reiteradas en T-067 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-168 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-592 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

18 Al respecto, en sentencia T-718 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se expresó: “En el historial laboral de un empleado se encuentra registrada toda la información, positiva o negativa, relacionada con su hoja de vida, desempeño en el ejercicio de funciones tales como reconocimientos, llamados de atención, suspensiones. Así mismo, la historia laboral contiene la información referente al tiempo laborado, las cotizaciones a la seguridad social, los periodos de vacaciones disfrutados o pendientes, el registro de sus cesantías, nombramientos, ascensos, traslados, retiros, incapacidades, comisiones de trabajo, entre otros datos indispensables para el goce de las prestaciones laborales que nuestro ordenamiento concede al trabajador. Por lo anterior, resulta necesario para la realización efectiva de todas las garantías otorgados por el legislador a los trabajadores, que su historial laboral contenga información, cierta, precisa y fidedigna, y, por lo tanto, surge la prerrogativa del empleado de solicitar a su patrono, en ejercicio de su derecho fundamental de habeas data y de petición, la corrección de incongruencias en el contenido del mismo. Lo anterior, además, considerando la especial protección que otorga nuestra Carta al trabajador como parte débil en la relación laboral.”

19 Se debe recordar que el ISS surgió a la vida jurídica mediante Ley 90 de 1946, cuyo artículo primero estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores, contra los riesgos de enfermedad profesional y no profesional, maternidad, invalidez, vejez, accidentes de trabajo y muerte. Además, el Decreto 3041 de 1966 dispuso el seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte para los trabajadores nacionales y extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, prestaran sus servicios a particulares. En

consecuencia, no resulta extraño que en 1967 la accionante hubiera recibido atención médica gracias a su afiliación al ISS y simultáneamente efectuara aportes pensionales a la misma entidad.

20 Así se manifiesta en la pág. 24, parágrafo 5 de esta providencia.

21 Ver, entre otras, las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001 y T-977 de 2001.

22 Ver la sentencia T-904 de 2004.

23 Sentencias T-534 y T-1016 de 2001, T-620 y T-1022 de 2002

24 T-043 de 2007 y T-726 de 2007, entre otras.

25 Sentencias T-189, T-470, T-634, T-1000 y T-1022 de 2002.

26 Sentencias T-634 y T-1022 de 2002

27 Sentencias T-049, T-620, T-634 y T-1022 de 2002.

28 Ver la sentencia T-377 de 2011

29 Ver la sentencia T-264 de 1993