Sentencia T-920/10

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

ALLANAMIENTO A LA MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES

La ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la potestad de exigir al empleador la cancelación de los aportes, no siendo dable a aquéllas invocar a su favor el propio descuido en lo atinente al ejercicio de dicha facultad, ni permitiéndoseles hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual es ajeno a dicha situación de mora, de suyo allanada.

PENSION DE VEJEZ-Orden al ISS de reconocer mesada pensional con inclusión en la nómina, pagar valor total de mesadas adeudadas desde el momento en que ha debido reconocer la pensión

Referencia: expediente T-1826204

Acción de tutela instaurada por el señor José Rubén Numpaque Díaz contra el ISS.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010).

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 proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderada por José Rubén Numpaque Díaz, contra el Instituto de Seguros Sociales.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo dicha corporación, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, y la Sala Segunda de Selección de la Corte, mediante auto de febrero 28 de 2008, lo eligió para su revisión, habiéndose posteriormente suspendido los términos para resolver.

I. ANTECEDENTES.

José Rubén Numpaque Díaz, por intermedio de apoderada judicial, promovió acción de tutela

en agosto 2 de 2007, contra el Instituto de Seguros Sociales, en adelante ISS, aduciendo vulneración de los derechos a la vida, a la protección de las personas de la tercera edad, a la seguridad social y al trabajo, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. José Rubén Numpaque Díaz, nacido en julio 17 de 1928 (actualmente tiene 82 años de edad), desde febrero 2 de 1967 estuvo afiliado al ISS, para los riesgos de vejez, invalidez y muerte (f. 2 cd. inicial).

2. En diciembre 18 de 2001 el actor solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y cumplir con los requisitos que exige el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Tenía entonces 73 años y más de 500 semanas cotizadas al ISS durante los últimos 20 años, anteriores al cumplimiento de la edad mínima otrora requerida para obtener la pensión -60 años-.

3. Mediante Resolución N° 038979 de noviembre 28 de 2005, el ISS negó la pensión de vejez pedida, expresando que el señor Numpaque Díaz "no cumplía con los requisitos de semanas para acceder a la pensión de vejez que exige el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 siendo beneficiario del Régimen de Transición" (f. 6 ib.).

4. Por su inconformidad con lo así decidido, la parte actora interpuso reposición, pero mediante Resolución N° 0536 de abril 18 de 2006 el ISS confirmó, anotando que "de las 863 semanas cotizadas, 351 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para la pensión, esto es, las cotizaciones entre el 17 de julio de 1968 hasta el 17 de julio de 1988" (f. 8 ib.).

También se indicó que "mediante oficio Nº 953 se está solicitando al departamento de historia laboral y nómina de pensionados verificar la historia laboral de acuerdo con la certificación laboral de las empresas A DEL HIERRO Y CIA LTDA y RESTREPO RICAURTE Y CIA, las cuales no figuran relacionadas, siendo preciso destacar que es obligación del empleador efectuar las cotizaciones de conformidad con lo legalmente devengado por el trabajador, razón por la cual, no se puede… pretender que el ISS asuma las consecuencias de la omisión patronal" (f. 8 ib.).

5. Posteriormente, mediante oficio N° 048576 de diciembre 20 de 2006, el ISS dio respuesta al derecho de petición presentado por el actor a través de la Defensoría del Pueblo en septiembre 9 de 2005, solicitando que "se actualicen las semanas de cotización hechas por la firma constructora A DEL HIERRO, así como las realizadas por Restrepo Ricaurte y Cia" (fs. 10 y 11 ib.).

Sobre el particular, el ISS señaló: "En relación con el tiempo que acredita con los empleadores A DEL HIERRO Y CIA LTDA y RESTREPO RICAURTE Y CIA… el afiliado no figura… por tanto… el señor JOSÉ RUBÉN NUMPAQUE debe suministrar los números patronales con fechas aproximadas laboradas y el nombre de la ciudad con el fin de poder verificar los aportes realizados por dicho empleador" (f. 10 ib.).

6. En tal virtud, el actor estima que el ISS ha desconocido la afiliación que tuvo con dos empresas, que completa el número de semanas exigido. Así, pide protección de sus derechos y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente.

1. Certificación de mayo 6 de 2005, expedida por la empresa Restrepo Ricaurte & Cía Ingenieros, en la cual consta el total de días trabajados, al igual que las fechas y obras donde el actor laboró (f. 12 ib.).

2. Certificación de mayo 4 de 2005, expedida por la firma A. del Hierro y Cía. Ltda., donde consta que el accionante trabajó como maestro de obra entre 1975 y 1978, estando afiliado al ISS (f. 13 ib.).

3. "Registro Patronal Alfabético" del ISS, donde aparecen los números patronales de la empresa A. del Hierro y Cía. Ltda (f. 14 ib.).

4. Relación del sistema de autoliquidación de aportes mensual para pensión, entre 1995 y 2005, expedida en diciembre 4 de 2007 por el ISS (f. 79 ib.).

6. Resolución Nº 0536 de abril 18 de 2006 expedida por el Gerente del ISS, Seccional Cundinamarca, confirmando la Nº 038979, que había negado la pensión de vejez al señor Numpaque Díaz; allí se lee que "el asegurado cotizó con posterioridad al ciclo correspondiente en los meses de febrero, marzo, abril entre otros del año 1995, los cuales no fueron cancelados en el mes que correspondía, aún cuando se haya pagado mora estos períodos no se validan para el mes que se intentó corregir" (fs. 6 a 9 ib.).

6. Oficio N° 048576 de diciembre 20 de 2006, por medio del cual la Gerente Seccional Cundinamarca (e) del ISS dio respuesta a la petición presentada por el interesado con apoyo de la Defensoría del Pueblo (fs. 10 y 11.).

7. Orden de ortopedista adscrito al ISS, para cirugía de reemplazo total de cadera de José Numpaque Díaz (f. 115 ib.).

II. Actuación procesal.

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en agosto 13 de 2007 admitió la acción y solicitó al Instituto demandado hacerse parte, presentar pruebas y ejercer su derecho de defensa, pero no recibió respuesta alguna.

A. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo de agosto 28 de 2007 denegó el amparo solicitado, al estimar, entre otras consideraciones, que la acción es improcedente por existir otro medio de defensa judicial eficaz e idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales cuya vulneración se reclama. Sostuvo que dentro del expediente no se demostró el perjuicio irremediable e inminente en el que pudiera encontrarse el accionante y condujere a conceder la tutela de los derechos reclamados, como mecanismo transitorio (fs. 52 a 56 ib.).

B. Impugnación.

En escrito presentado en agosto 31 de 2007, la apoderada del señor José Rubén Numpaque Díaz impugnó la decisión mencionada, al no estar de acuerdo con la determinación adoptada, insistiendo en los argumentos expresados en la demanda de tutela (fs. 58 a 65 ib.).

C. Sentencia de segunda instancia.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de octubre 2 de 2007, confirmó la decisión recurrida, al considerar que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de la pensión solicitada, toda vez que la controversia se convierte en un derecho litigioso que debe ser resuelto ante la autoridad judicial competente. Tal conflicto se deduce de los hechos de la demanda y de las resoluciones con las que la entidad negó la pensión, ya que mientras el actor considera que cumple los requisitos, el Instituto accionado estima que no completa las semanas cotizadas necesarias para el reconocimiento.

Afirma también que el hecho de ser una persona de la tercera edad no es relevante para el reconocimiento, al no darse las demás condiciones que permitirían otorgar el amparo constitucional. (fs. 119 a 124 ib.).

D. Actuación dentro del trámite de revisión.

1. Mediante auto de junio 9 de 2008, esta corporación suspendió términos y dispuso oficiar al ISS, Seccional Cundinamarca, solicitándole información sobre varios aspectos de la situación del señor Numpaque Díaz (fs. 14 a 17 cd. Corte), obteniendo respuesta parcial en julio 11 de 2008 (fs. 84 a 90 ib.).

A tal contestación se adjuntó copia del oficio DT 0676 de junio 22 de 2006, en donde el ISS indicó que el tiempo “con Restrepo Ricaurte y CIA., está incluido desde 1973/03 hasta 1974/04”; en cuanto a lo relacionado “con la empresa A DEL HIERRO Y CIA LTDA, es importante conocer el número patronal exacto o en su defecto el número de afiliación para generar un informe satisfactorio, ya que en los documentos enviados por usted figuran 11 patronales y es muy dispendiosa la búsqueda” (f. 86 ib.).

También se anexó copia del oficio DT 1808 de noviembre 17 de 2006, dirigido por el Coordinador Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados al Gerente de la Seccional Cundinamarca del ISS, donde se indica que “de acuerdo con la información suministrada por usted en la copia alfabética de patronales anexa, se verificó en microfichas con la empresa DEL HIERRO Y CIA LTDA. y el afiliado no figura” (f. 87 ib.).

Sobre los demás puntos solicitados por esta Sala, indicó que “fueron remitidos por la Central Nacional de Tutelas de este Instituto, a la Seccional Cundinamarca por ser de su competencia” (f. 85 ib.).

2. Durante el trámite de revisión, la abogada del actor radicó un memorial ratificando lo afirmado en la demanda y en la impugnación. Señaló que con la negativa de la pensión el ISS ocasiona un perjuicio irremediable a su poderdante, por cuanto “su edad, la cual asciende a 80 años no le es favorable para acceder fácilmente a un trabajo y cuenta con su esposa

quien también es de la tercera edad, sin considerar que desde siempre, incluso desde la creación del instituto ha cotizado con el ánimo de poder exigir una pensión que le brindara una calidad de vida junto con su esposa, pero en este momento se encuentra muy deteriorado en su salud y ánimo" (f. 28 ib.).

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 de la referencia, con fundamento en los artículo 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Decidirá esta Corte si el ISS, entidad de naturaleza pública y, por ende, pasible de ser demandada en acción de tutela (art. 5° D. 2591 de 1991), ha vulnerado los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, al negarse a reconocerle la pensión de vejez a la que afirma tener derecho. Al efecto, esta Corte reiterará la jurisprudencia existente sobre, (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; y (ii) la superación de la mora o el incumplimiento del empleador, en el cubrimiento de aportes y cotizaciones pensionales.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial inmediata de los derechos fundamentales, vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos que señale la ley. En esa medida, se podrá acudir a la administración de justicia en todo momento y lugar, con el fin de obtener una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo, acorde a derecho.

Ahora bien, para reconocer las situaciones fácticas en las que se debe encontrar quien aspire a que la acción de tutela proceda en lo relacionado con una solicitud de pensión, debe observarse, en primer lugar, que usualmente las personas que la reclaman son de avanzada edad que, por ende, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (art. 13 Const., parte final), por lo cual debe otorgárseles especial protección.

Sin embargo, ha de demostrarse que el perjuicio afecta o coloca en inminente y grave riesgo derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la vida y el mínimo vital, a tal punto que la insuperada demora de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo deprecado, conllevando que la acción de tutela desplace el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz en tal medida y oportunidad frente a las circunstancias particulares del actor, por lo cual tampoco procederá como medio transitorio, sino definitivo1.

Así se señaló en sentencia T-180 de marzo 19 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio:

“… la acción de tutela resulta procedente siempre que se demuestre la ineficiencia de dichos medios ordinarios para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, para lo cual debe valorarse cada caso en particular, dando un tratamiento especial a los sujetos de especial protección constitucional, debido a que para ellos se exige un juicio de procedibilidad menos riguroso y estricto.”

Lo anterior significa que cuando la controversia jurídica verse sobre la legalidad del acto que niega el reconocimiento de una pensión de vejez, se valorarán elementos que determinen condiciones de la persona, como su edad, capacidad económica y estado de salud, es decir, todo aquello que permita deducir que el procedimiento ordinario no resultaría idóneo para obtener la protección de sus derechos.

Igualmente, esta corporación ha sostenido de manera reiterada que, “en ciertos casos, cuando la conducta desplegada por las entidades responsables del reconocimiento de derechos pensionales, resulta evidentemente arbitraria e infundada al punto de que se configura una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo resulta procedente aún cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, toda vez que en estos casos la procedencia de la acción de tutela se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, en segundo término, en la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, y el principio de dignidad humana de los afectados”.2

Cuarta. Mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales. Reiteración de jurisprudencia.

La mora o la omisión por parte del empleador en la transferencia de los aportes pensionales, puede llegar a afectar el derecho a la seguridad social y al mínimo vital del empleado, ya que del pago oportuno que se realice depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales.

Sin embargo, esta Corte ha precisado3 que no es admisible que se niegue al trabajador la pensión a que tiene derecho, arguyendo el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al empleado se le deducen estas sumas del salario mensual y, por tanto, no debe soportar un grave perjuicio debido a una falta ajena a su voluntad, atribuible a su empleador y por la cual éste debe responder. Al respecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que forma parte de las normas sobre el Sistema General de Pensiones, establece:

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

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

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.

De lo anterior se concluye que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la potestad de exigir al empleador la cancelación de los aportes, no siendo dable a aquéllas invocar a su favor el propio descuido en lo atinente al ejercicio de dicha facultad, ni permitiéndoseles hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual es ajeno a dicha situación de mora, de suyo allanada.4

Quinta. Análisis del caso concreto.

Disponiendo de los elementos constitucionales y jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia, la Corte observa que en el caso bajo estudio debe analizarse si el ISS está vulnerando los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de José Rubén Numpaque Díaz, al negarse a reconocerle la pensión de vejez a la que tiene derecho, quien no puede verse afectado por la actitud de sus empleadores y del ISS, que no transfirieron y/o no recaudó, respectivamente, de manera oportuna, el pago de los aportes a pensión.

5.1. En el presente caso el señor José Rubén Numpaque Díaz presentó acción de tutela por considerar que el ISS vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la protección de las personas de la tercera edad, a la seguridad social y al trabajo, al haberle negado el reconocimiento de la pensión de vejez, argumentando no completar el número de semanas exigidas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 19905, norma que le es aplicable por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el ISS se negó a reconocerle la pensión de vejez, al estimar que el asegurado no satisfacía el total de semanas cotizadas requeridas, pues "de las 863 semanas cotizadas, 351 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para la pensión, esto es, las cotizaciones entre el 17 de julio de 1968 hasta el 17 de julio de 1988" (f. 8 cd. inicial).

Frente a lo anterior, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió no tutelar los derechos invocados, al considerar que la acción es improcedente por existir otro medio de defensa judicial eficaz e idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados (fs. 52 a 56 ib.).

Impugnada esa decisión, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, la confirmó al

considerar que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de la pensión solicitada, toda vez que la controversia se convierte en un derecho litigioso que debe ser resuelto ante la autoridad judicial competente (fs. 119 a 124 ib.).

5.2. Conforme a la jurisprudencia reiterada por esta Corte, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto, lo cual daría razón a lo decidido en las instancias, donde, sin embargo, no se cumplió con el examen de las apremiantes circunstancias que le dan viabilidad a la protección excepcional.

Recuérdese que el demandante José Rubén Numpaque Díaz, actualmente de 82 años de edad, carece de ingresos para solventar su manutención y la de su anciana esposa (f. 28 cd. Corte), situación aún más apremiante, al observar que al actor le fue ordenada una "cirugía de reemplazo total de cadera" (f. 115 ib.), convirtiendo en inalcanzable su acceso al mercado laboral y realzándose la debilidad manifiesta, con el consiguiente y no refutado quebrantamiento del mínimo vital, a tal punto que la habitual demora de los procedimientos comunes haría ineficaz, por tardía, la protección judicial urgida.

5.3. Ahora bien, verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la preceptiva aplicable al caso particular del actor (art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por D. 758 de 1990), de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que el señor José Rubén Numpaque Díaz en julio 18 de 1988, los 60 años de edad. Así, la Sala encuentra que el accionante no sólo satisface las 500 semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60, sino también las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, exigidas en esa norma para acceder a la pensión de vejez.

Como se ilustra a continuación, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas, expedido por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS en noviembre 2 de 2007 (fs. 34 a 41 ib.), durante el período comprendido entre febrero 2 de 1967 y diciembre 31 de 1994, el actor ha cotizado un total de 4399 días con varios empleadores, que equivalen a 628 semanas, de las cuales 351 corresponden a los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida:

RAZÓN SOCIAL

DESDE

HASTA

DÍAS

Morales Narciso.

1967/02/02

1967/04/18

Construcciones Urbe Ltda.

1967/08/22

1968/04/24

247

Sin nombre.

1968/12/05

1968/12/11

7

Corkidi Yafre Isidoro.

1969/01/01

1969/02/28

59

Estruco y Cia Ltda.

1969/01/03

1969/07/20

142

J. Jones Construc.

1969/07/24

1970/10/31

465

Acero Beton Estruct Ltda.

1971/01/20

55

Jiménez Vargas Manuel.

1971/02/24

1971/02/24

21

Copre y Triana Ltda.

1971/05/09

1971/05/10

2

Copre y Triana Ltda.

1971/05/11

1971/09/07

120

Llorente Diego.

1971/09/13

1971/09/14

2

Coral Ltda.

1972/01703

1972/10/05

277

1972/10/26

1972/11/22

28

Estructuras Tecton Ltda.

1972/12/04

1973/02/12

71

Construcciones Fabriles Ltda.

1973/01/16

1973/03/13

29

Restrepo Ricaurte y Cia.

1973/03/20

1973/10/13

1973/09/07 = 172

1974/04/09 = 179

351

Yolba Ltda.

1974/07/01

1975/04/30

304

Codisan Ltda.

1976/01/27

1976/01/30

4

Jack Dorbunsch Arquis.

1976/04/27

1976/06/01

36

Estructuras y Equipos.

1976/10/25

1977/01/02

70

Riaño Sánchez Luis José.

1978/02/16

1978/10/25

252

Vásquez Ávila Fernando.

1982/09/16

1983/02/28

166

José Rubén Numpaque.

1989/01/24

1991/09/30

980

José Rubén Numpaque.

1993/09/30

401

José Rubén Numpaque.

1994/05/12

1994/12/31

234

Total días.

4399

Total semanas.

628.42

Total semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

351

En el anterior reporte del ISS, de conformidad con las afirmaciones efectuadas por el demandante, no fueron incluidas las semanas cotizadas con la empresa Restrepo Ricaurte & Cía, en los períodos "1973/03/18 a 1973/12/31 = 251 días – 1974/04/09 a 1974/06/30 = 83 días- 1975/05/01 a 1975/12/31 = 245 días – 1976/02/01 a 1976/04/25 = 86 días – 1977/02/05 a 1977/12/31 = 331 días", que corresponden a "un total de 996 días que restados de los 351 ya abonados nos arroja un total de 645 días que corresponden a 92 semanas" (f.29 ib.).

Tampoco fue tenido en cuenta el tiempo cotizado con la empresa A. del Hierro y Cía Ltda., durante los periodos "1976/06/07 a 1976/10/17 = 144 días – 1977/02/01 a 1978/01/31 = 365 días" (f.29 ib.), que suman 509 días, equivalentes a 72.75 semanas.

Así, con la empresa Restrepo Ricaurte & Cía, laboró un total de 996 días, de los cuales en el reporte del ISS anteriormente citado solamente le fueron reconocidas 351semanas, pero no contabilizados los restantes 645 días que corresponde a 92 semanas, que sumados a los 509 días que laboró con A. del Hierro y Cía Ltda., arroja un total de 1154 días, que corresponden a 164.85 semanas de cotización, que desconoció el ISS.

En torno a las razones invocadas por el ISS para tal desconocimiento, se observa que en la citada resolución N° 0536 de abril 18 de 2006 el Instituto solicitó al Departamento de Historia Laboral de Pensionados "verificar la historia laboral de acuerdo con la certificación laboral de las empresas A DEL HIERRO Y CIA LTDA y RESTREPO RICAURTE Y CIA, las cuales no figuran relacionadas" (f. 95 ib).

En virtud de tal petición y como respuesta al requerimiento de la Corte Constitucional, efectuado por auto de junio 9 de 2008, el Coordinador de Historia Laboral del nivel central del ISS, mediante oficio DT-0994 indicó que "es muy dispendiosa la búsqueda" (f. 86 cd. Corte), lo cual impidió encontrar tales aportes a nombre del accionante.

Esa actitud no es de recibo, en cuanto es el ente correspondiente y no quien aspira al justo reconocimiento, el responsable de la información que sobre semanas cotizadas reposa o debe reposar de manera organizada en sus propios archivos. El hecho de que la búsqueda resulte dispendiosa, no exonera al Instituto accionado de su deber de llevar el control de los semanas cotizadas por sus afiliados y, en tal medida, no le es dable supeditar el reconocimiento de la prestación pedida, máxime tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, a la presentación de documentación que el requerido tiene la obligación de mantener clasificada.

El actor allegó al ISS el listado alfabético que contiene los 11 números patronales de la empresa A. del Hierro y Cía Ltda. (f. 14 cd. inicial.), y las certificaciones laborales expedidas por los representantes de las empresas en mayo de 2005 (fs. 12 y 13 ib.), las cuales no han sido controvertidas por la Instituto accionado, que ni siquiera dio respuesta al traslado ordenado por el Juzgado de conocimiento, ni en forma debida al requerimiento formulado por esta Sala de Revisión mediante auto de junio 9 de 2008, comunicado el 11 de los mismos mediante oficio OPT-A-291/2008. Por tanto, los hechos invocados por la parte actora deben tenerse como ciertos (art. 20 D. 2591 de 1991).

Claro ha quedado, por lo demás, que el actor supera el requisito legal de las 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 exigidos (entre el 17 de julio de 1968 y el 17 de julio de 1988), pues cotizó con diferentes empleadores un total de 351 semanas, según la información suministrada por el ISS, más las 164.85 semanas que cotizó con las dos empresas, no tomadas en cuenta, como han debido serlo.

5.4. De otra parte, observa la Sala que también completa las mil semanas cotizadas en cualquier tiempo, como se lo exigió el ISS en diferentes actos administrativos, observado el total de 863 semanas reconocidas por el ISS en la Resolución Nº 0536 de abril 18 de 2006 (fs. 6 a 9 ib.), más las 164.85 semanas de los períodos laborados con las empresas Restrepo Ricaurte & Cía y A del Hierro y Cía Ltda., sumadas a las 312.85 que cotizó como trabajador independiente hasta el año 2005.

No obstante, el Instituto accionado solamente le reconoce 235 semanas de las 312.85 que cotizó como independiente y reposan en los informes del ISS (fs. 79 y 80 ib. y 49 cd. Corte), en razón a que no tuvo en cuenta los aportes extemporáneos realizados por el accionante, a pesar de haberse allanado a la mora (fs. 6 a 9 cd. inicial).

Lo cierto es que José Rubén Numpaque Díaz cotizó 1105.7 semanas, “en cualquier tiempo”, relacionadas así:

Semanas reconocidas por el ISS en la Resolución Nº 0536 de abril 18 de 2006.

863

Semanas de los períodos laborados con las empresas Restrepo Ricaurte & Cía y A del Hierro y Cía Ltda.

164.85

Semanas correspondientes a los aportes extemporáneos.

77.85

Total

1105.7 semanas

De la misma forma, en relación con el cómputo de las semanas trabajadas con las dos empresas en cuestión, en la citada Resolución el ISS advirtió que “es obligación del empleador efectuar las cotizaciones de conformidad con lo legalmente devengado por su trabajador, razón por la cual, no se puede asignar al ente asegurador el pago de pensiones de vejez que no correspondan a las cotizaciones efectivamente realizadas y pretender que el ISS asuma las consecuencias de la omisión patronal en la cancelación de las cotizaciones en las cuantías que legalmente corresponden” (f. 8 ib.).

Por lo expuesto, es claro que el ISS, además de no contabilizar los ciclos cotizados extemporáneamente como trabajador independiente, ni las semanas correspondientes a los períodos laborados por el actor con las dos empresas, pretende responsabilizarlo por la mora del empleador en el pago de las cotizaciones o por no haberlas trasladado al ISS en su oportunidad.

De conformidad con la jurisprudencia previamente citada en este fallo, la entidad accionada está en el deber de exigir al empleador la cancelación de los aportes, por cualquiera de las vías administrativas o judiciales legalmente establecidas, e imponer las sanciones previstas, sin que le sea dable hacer recaer sobre el empleado las consecuencias que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes pensionales, ni alegar en su favor su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro. Lo anterior, puesto que el empleado es ajeno a dicha situación de mora y no tiene porqué asumir la ineficiencia de la administración en el cobro de los aportes.

De la misma forma, en múltiples pronunciamientos esta corporación ha considerado que no obstante que el afiliado haya realizado tardíamente el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones como trabajador independiente, si la entidad correspondiente no exceptúo en el momento del pago tal situación, se presume que ha consentido el incumplimiento y ha allanado la mora, al aceptar el pago tardío.

5.5. Por lo anteriormente expuesto, es evidente que el actor sí cumplió los requisitos legales exigidos para obtener el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la entidad accionada debió computar las semanas de cotización, sin excluir ninguna, así hubiere mediado mora, mientras frente a otras el desconocimiento también emergió de la negligencia del ISS, al no buscar en sus propios archivos.

En consecuencia, previo el levantamiento de la suspensión de términos que se había dispuesto mediante el auto de fecha junio 9 de 2008, que permitió el acopio y evaluación de los elementos de juicio que permiten llegar a la decisión que ahora se profiere, será revocada la sentencia dictada en octubre 2 de 2007 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la proferida en agosto 28 de 2007 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de la misma ciudad, correspondiendo tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de José Rubén Numpaque Díaz, como

en efecto se dispondrá.

De tal manera, se ordenará al ISS, por conducto del Gerente de su Seccional Cundinamarca o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha realizado, revoque sus Resoluciones N° 038979 de noviembre 28 de 2005 y N° 0536 de abril 18 de 2006, y en su lugar expida otra, en la cual reconozca y sume el tiempo laborado por José Rubén Numpaque Díaz para los empleadores Restrepo Ricaurte & Cía y A del Hierro y Cía Ltda, y los períodos que extemporáneamente cubrió como trabajador independiente, procediendo así a reconocerle la pensión de vejez que corresponda y a seguírsela pagando con la periodicidad debida, con inclusión en la nómina respectiva y cubriendo en un término no superior a treinta días hábiles, contados también a partir de la mencionada notificación, el valor total de las mesadas adeudadas desde el momento en que ha debido reconocerla, según lo que se ha acreditado.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de los términos en la presente acción, que se había dispuesto mediante auto de junio 9 de 2008.

Segundo.- REVOCAR la sentencia dictada en octubre 2 de 2007 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la proferida en agosto 28 de 2007 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de la misma ciudad. En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de José Rubén Numpaque Díaz.

Tercero.- En consecuencia, ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, por conducto del Gerente de su Seccional Cundinamarca o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aún no lo ha realizado, revoque sus Resoluciones N° 038979 de noviembre 28 de 2005 y N° 0536 de abril 18 de 2006, y en su lugar expida otra, en la cual reconozca y sume el tiempo laborado por José Rubén Numpaque Díaz para los empleadores Restrepo Ricaurte & Cía y A del Hierro y Cía Ltda, y los períodos que extemporáneamente cubrió como trabajador independiente, procediendo así a reconocerle la pensión de vejez que corresponda y a seguírsela pagando con la periodicidad debida, con inclusión en la nómina respectiva y cubriendo en un término no superior a treinta días hábiles, contados también a partir de la mencionada notificación, el valor total de las mesadas adeudadas desde el momento en que ha debido reconocer la pensión, según lo que se ha acreditado.

Cuarto.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-268 de abril 12 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-422 de junio 26 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2 T- 200 de marzo 23 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

3 Cfr. T-334 de julio 15 de 1997, M. P José Gregorio Hernández Galindo; T-1103 de noviembre 20 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-702 de julio 10 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Cfr. T-165 de febrero 27 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: "Sea porque el empleador no descontó las semanas del salario del trabajador, o bien porque habiéndolas descontado, nunca las trasladó al Instituto, en todo caso, la responsabilidad por éstas semanas no recae sobre el actor."

5 El artículo 12 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios (Diario Oficial N° 39.303, de abril 18 de 1990), exige para acceder a la pensión de vejez, el cumplimiento de los siguientes requisitos: "a) Sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco o más años de edad, si es mujer y, b) Un mínimo de quinientas semanas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."