

Expediente T-2378662.

Sentencia T-042/10

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reclamar pensión especial de vejez

ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO-Definición

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ Y ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO-Reiteración de jurisprudencia

MORA EN EL PAGO DE APORTES A PENSIONES-Reiteración de jurisprudencia sobre la responsabilidad del empleador

SEGURO SOCIAL-Debió exigir al empleador el pago de aportes pensionales y no hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas por la mora de su patrón

SEGURO SOCIAL-Vulneró los derechos del actor al no tener en cuenta la convención colectiva que acreditaba que el actor laboró en una actividad de alto riesgo

La expedición de los actos administrativos por el ISS, negando el reconocimiento pensional solicitado y los recursos interpuestos, ese Instituto actuó de manera errada y vulneró los derechos del actor a la seguridad social (acceso a la pensión de vejez) y al mínimo vital, al no tener en cuenta la referida convención colectiva, acreditado como aparece que el trabajador laboraba en actividad de alto riesgo, estando facultado el ISS para realizar el cobro coactivo de los aportes, lo cual no hizo, optando por negar la pensión justamente pedida.

SEGURO SOCIAL-Reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez del actor

Referencia: expediente T-2378662.

Acción de tutela instaurada mediante apoderado por Juan de Dios Gutiérrez Pimienta, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Atlántico y CORELCA S.A. ESP.

Procedencia: Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., dos (2) de febrero 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 dictado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderado por Juan de Dios Gutiérrez Pimienta, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Atlántico y CORELCA S.A., ESP.

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; el 8 de octubre de 2009, la Sala N° 9 de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Juan de Dios Gutiérrez Pimienta elevó acción de tutela en marzo 30 de 2009, que le correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, aduciendo violación de los derechos a la seguridad social, al debido proceso, a la igualdad y al mínimo vital por los hechos resumidos a continuación.

A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. El señor Gutiérrez Pimienta laboró en la empresa CORELCA (con sustitución patronal a TRANSELCA S.A. ESP), desde septiembre 16 de 1982 hasta agosto 31 de 1998, desempeñando el cargo de “Liniero 8013-05 de la división líneas y subestaciones”, donde se encargaba de “preparar, ejecutar y documentar trabajos de mantenimiento de líneas de transmisión con el objeto de garantizar la continuidad del servicio. Nivelación de bases para torres metálicas, montaje o reparación de estructura metálica y de concreto, labores de limpieza manual, lavado o aplicación de recubrimiento de protección a los aisladores, etc.”, devengando \$630.553 (fs. 2 y 3 cd. inicial).

2. El actor solicitó la pensión especial de vejez al ISS en marzo 6 de 2000, al considerar que cumplió los requisitos de edad (50 años) y tiempo (750 semanas de cotización); no obstante, mediante Resolución N° 15658 de diciembre 27 de 2007, el Gerente de ese Instituto, seccional Atlántico, negó la solicitud, argumentando que dentro de la Historia Laboral no se certificó que el actor ejerciera actividades de alto riesgo y que CORELCA no aportó el 6% adicional que le correspondía por ser una pensión especial, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994. El peticionario presentó recurso de reposición, que también le fue negado.

3. Adujo que la actividad que desempeñaba es de alto riesgo, según lo establecido en el artículo 15 de la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa donde laboró, en la cual se dispuso que “CORELCA jubilará a sus trabajadores oficiales de acuerdo a la Ley, es decir, 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad”, excepto los trabajadores que desempeñen las labores de “linieros, soldadores, calderistas y los que manejen o trasiegan ácidos, se jubilarán con 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la empresa y 50 años de edad”, por considerarse actividades de alto riesgo (f. 3 ib.).

4. Señaló el accionante que mediante derecho de petición solicitó a la empresa accionada el aporte del 6 % adicional, pero la empresa no resolvió de fondo “y lo envió de manera dilatoria al sistema general de riesgos profesionales”, sin suministrar respuesta a lo requerido (f. 3 ib.).

5. El señor Juan de Dios Gutiérrez Pimienta aseveró que “se encuentra en unas condiciones inhumanas por su lamentable estado de salud y padece de frecuentemente de fuerte dolores producto de su enfermedad (inestabilidad en la columna por retrolistesis L3 y L4 ostecartrosis de columna lumbar”, por lo que habitualmente “tiene que ir a urgencias”; adicionalmente, anotó que “cuando acude al Hospital le aplican analgésicos”, dado que los procedimientos y exámenes ordenados por los médicos no los puede realizar, puesto que no pertenece a ninguna EPS y no tiene capacidad económica para sufragarlos (f. 4 ib.).

6. Por lo anterior solicitó que se conceda la pensión, al estimar que cumple los requisitos exigidos para obtenerla, siendo además “una persona de la tercera edad”, que se encuentra “en estado de indefensión manifiesta”, padece graves quebrantos de salud y no tiene otro medio para subsistir (f. 1 ib.).

Así, pidió que el ISS, seccional Atlántico requiriera a la empresa accionada “para que realice el aporte del 6% adicional que le correspondía”, además de que al ISS se le ordene “cancelar el retroactivo pensional” dejado de percibir (f. 1 ib.).

B. Documentos que en copia obran en el expediente.

1. Resolución N° 15658 de diciembre 27 de 2007 expedida por el ISS, negando la pensión especial de vejez solicitada por el actor (fs. 7 a 10 ib.).

2. Resolución N° 018509 de septiembre 1° de 2008 mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición (fs. 11 a 13 ib.).

3. Certificado de CORELCA, acreditando que el actor trabajó allí desde septiembre 16 de 1982 hasta agosto 31 de 1998, “desempeñándose como Liniero 8013-05, en la División Líneas y Subestaciones, devengando una asignación básica mensual de \$630.553” (fs. 14 y 15 ib.).

4. Historia clínica donde aparece que el actor padece “inestabilidad en la columna por retrolistesis L3 y L4 osteoartritis de columna lumbar” (fs. 16 a 22 ib.).

5. Declaraciones rendidas en diciembre 2 de 2008 por Jaime Pava Cortés y Luis Enrique Flórez Herrera ante la Notaría Segunda del Círculo de Barranquilla, indicando que el actor “desde hace más de 20 años... trabajó en la empresa CORELCA, ahora TRANSELCA; que actualmente no se encuentra laborando en ninguna entidad pública ni privada, no percibe salario por ningún concepto y se encuentra en un estado lamentable de Salud, no se encuentra afiliado a ninguna EPS” (f. 23 ib.).

6. Declaración extrajudicial de diciembre 2 siguiente, rendida por el actor ante la Notaría Segunda del Círculo de Barranquilla, donde manifestó que laboró en la empresa CORELCA, ahora TRANSELCA, que actualmente no devenga ningún salario, estando delicado de salud y sin afiliación a una EPS (f. 24 ib.).

7. Respuesta de septiembre 8 de 2008 al derecho de petición dirigido por el actor a CORELCA S.A., donde ésta refiere que no le corresponde “certificar si las condiciones propias del cargo ocupado por usted... se encuentra calificada como de alto riesgo” (f. 25 ib.).

8. Convención colectiva de trabajo firmada entre CORELCA y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, SINTRAELECOL, cuyo artículo 15 puntualiza que “CORELCA jubilará a sus trabajadores oficiales de acuerdo a la Ley, es decir, 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años de edad”, a excepción de los trabajadores que desempeñen las labores de “linieros, soldadores, calderistas y los que manejen o trasiegan ácidos, se jubilarán con 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la empresa y 50 años de edad”, por considerarse actividades de alto riesgo (f. 31 ib.).

C. Respuesta de CORELCA S.A..

La apoderada de la empresa demandada contestó la acción (abril 14 de 2009), anotando que en agosto 22 de 1998 se suscribió un convenio de sustitución patronal entre CORELCA y

TRANSELCA, en cuya cláusula tercera se dispuso que ésta "asume y se obliga a responder por la totalidad de las obligaciones de carácter laboral" a favor de trabajadores y pensionados, "que se genere y/o causen a partir de la fecha efectiva" (f. 107 ib.).

Adicionalmente, afirmó que "siendo la fecha de nacimiento del accionante el 6 de marzo de 1950, se colige que tenga la edad y que haya de igual forma cumplido con las semanas cotizadas para acceder a la pensión" (f. 107 ib.).

D. Respuesta del ISS.

En abril 15 2009 la Gerente del ISS, seccional Atlántico, manifestó que "en la fecha se le ha trasladado al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, Centro de Decisión Atlántico... responsable de cumplir el fallo de tutela ordenado por su despacho", quedándose el asunto sin constelación de fondo (f. 220 ib.).

E. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla negó la tutela en abril 21 de 2009, al considerar que el actor cuenta con otro mecanismo, el cual es la jurisdicción "laboral ordinaria para hacer valer sus derechos" (f. 215 ib.).

F. Impugnación.

La apoderada del señor Juan de Dios Gutiérrez Pimiento impugnó el fallo en mayo 14 de 2009, argumentando que "se equivoca el Juez de instancia, puesto que las declaraciones de la acción de tutela es que el Gerente del Seguro Social requiera a la empresa TRANSELCA S.A. para que realice el aporte del 6% adicional que le corresponde por Ley aportar" (f. 3 cd. 2.)

Finalizó señalando que "enviar a mi mandante a la justicia ordinaria sería darle pensión de muerte, en el estado lamentable que se encuentra por su delicado estado de salud" (f. 3 ib.).

G. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, mediante fallo de junio 26 de 2009, confirmó el del a quo y anotó que "no se ha probado siquiera sumariamente que la calidad de vida del señor... se encuentra mermada, a tal punto que se genere un perjuicio irremediable" (f. 11 ib.).

Agregó que "el actor alega en la tutela, que él realizaba actividades consideradas de alto riesgo, pero de acuerdo a la Resolución N° 15658, es claro que en el registro laboral, en el cual se encuentran los folios que certifican el tiempo laborado y la actividad desempeñada, no existe anotación alguna que identifique" que dicha actividad ejecutada por el accionante es considerada como de alto riesgo, "asunto que puede ser resuelto por otras instancias, medios y procedimientos... pertinentes para su trámite y solución", que sería en este caso la jurisdicción ordinaria "de carácter laboral" (f. 11 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 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 debate.

El actor demandó, por intermedio de apoderada, que se le amparen sus derechos a la seguridad social, el debido proceso, la igualdad y el mínimo vital, vulnerados en cuanto el ISS no le concedió la pensión especial de vejez, a la cual cree tener derecho al acreditar edad y tiempo de servicios, en cuanto trabajó como liniero, actividad considerada de alto riesgo; también CORELCA, ahora TRANSELCA, habría quebrantado sus derechos, al no realizar el aporte del 6% adicional al ISS por el cargo que desempeñaba.

Tercera. La procedencia de la acción de tutela para reclamar la pensión especial de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

El constituyente estableció la acción de tutela como una herramienta judicial de carácter subsidiario, para la protección de los derechos fundamentales, sobre lo cual esta corporación ha sido reiterativa de lo expuesto, por ejemplo, en sentencia SU-544 de mayo 24 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett:

“1º) Los medios y recursos judiciales ordinarios constituyen los mecanismos preferentes a los cuales deben acudir las personas para invocar la protección de sus derechos; 2º) En los procesos ordinarios se debe garantizar la supremacía de los derechos constitucionales y la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. arts. 4º y 5º); 3º) La tutela adquiere el carácter de mecanismo subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial; su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, 'sino fungir como último recurso (...) para lograr la protección de los derechos fundamentales'.”

Así, una pretensión pensional desborda, en principio, el objeto del amparo constitucional, de manera que las controversias suscitadas por su reconocimiento no son competencia del Juez de tutela, debido a que el ordenamiento jurídico ha dispuesto medios judiciales específicos para la solución de conflictos de ese origen.

Sin embargo, esta corporación[1] conforme al artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia:

3.1. La acción de tutela sí procederá en el evento en que el medio judicial previsto para dirimir este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, en desarrollo de lo cual en sentencia T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se señaló:

“Uno de los criterios determinantes ha sido el de la avanzada edad del peticionario(a), sobretudo si sobrepasa el índice de promedio de vida en Colombia (71 años), pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un proceso de esta índole y la edad del actor(a)[2].

Ahora bien, la Corte también ha tomado en cuenta otros factores que no tienen que ver con las condiciones personales del peticionario(a), como es la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez haya perdido su razón de ser.”

Debe así tenerse en cuenta la idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario para reclamar el reconocimiento de la pensión, según el caso concreto.

3.2. Puede proceder también como mecanismo transitorio o definitivo, cuando sea necesario evitar un perjuicio irremediable.

En ese mismo fallo T-090 de 2009 se puntualizó que “con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario(a) y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor(a) para ser considerado(a) sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera edad, (ii) el estado de salud del (la) solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario(a)[3]. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado(a)”.

Es necesario aclarar que si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, puede inferirse su afectación de la edad, las condiciones de salud y la ausencia de alguna fuente de sustento, sin perjuicio de que, en general, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, acompañe su afirmación con alguna prueba, al menos sumaria, porque así la tutela tenga un carácter informal, no exonera al actor de acreditar los hechos en los que basa sus pretensiones[5].

3.3. Al evidenciarse alguno de los dos supuestos explicados, la acción de tutela resulta procedente y la autoridad judicial debe estudiar entonces si es real la violación o amenaza al derecho fundamental reclamado.

Cuarta. El derecho a la pensión especial de vejez. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la pensión especial de vejez es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se consolida ligado a una relación laboral”[6], además de su inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

En la sentencia C-1125 de noviembre 9 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se definió qué es una actividad de alto riesgo, para así determinar quiénes tienen derecho a la pensión especial de vejez. Se indicó entonces que “las actividades determinadas como de alto riesgo son aquellas que generan por su propia naturaleza la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independientemente de las condiciones en las cuales se efectúe el trabajo. El beneficio que se confiere a ese grupo de trabajadores consiste en acceder a la pensión a edades inferiores a la generalidad de los trabajadores”.

Adicionalmente, en la misma providencia que acaba de ser citada se puntualizó que en el Decreto 2090 de 2003, al analizar cuáles oficios u ocupaciones impactan la expectativa de vida saludable del trabajador y por ello deben considerarse de alto riesgo, se expresó que:

“El fundamento de la pensión 'es proteger al trabajador al disminuir el tiempo de exposición a condiciones adversas de trabajo lesivas para su salud, mediante su retiro anticipado, toda vez que éstas disminuyen su expectativa y calidad de vida, lo cual hace que tenga una menor capacidad de trabajo, situación que no se presenta en aquellas personas que desempeñan otras profesiones u oficios que también son de alto riesgo pero no están expuestas a esas condiciones'.

En ese documento se consideraron como actividades de alto riesgo los trabajados en minería de socavón o subterráneos; los que involucren sustancias cancerígenas; los que impliquen exposición a altas temperaturas; los que impliquen radiaciones ionizantes; la actividad de los controladores de tránsito aéreo; el personal operativo del cuerpo de bomberos y los guardianes

del INPEC y de otros centros carcelarios. Además, se sostuvo que algunas de las actividades que en disposiciones anteriores eran consideradas como de alto riesgo no impactan en una disminución en la expectativa y calidad de vida de los trabajadores, tales como los servidores públicos de la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Registraduría Nacional del Estado Civil, Inravisión, Telecom y los periodistas.”

Lo anterior reitera el carácter constitucional del derecho a la pensión, que surge de la acumulación de cotizaciones y edad del trabajador, con requisitos de afiliación (obligatoria para los asalariados), cotización y reconocimiento que implican condiciones mínimas para su consolidación y se encuentran regulados en los Decretos 1281 de junio 2 de 1994[7] y 2090 de julio 26 de 2003[8], donde se señala que los presupuestos para tener el derecho a la pensión especial de vejez son:

“Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.

Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.”[9]

Adicionalmente, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez también encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo en todas sus modalidades (art. 25), imponiéndose que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar de reposo, en condiciones dignas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea incontrastable. Así mismo, la pensión especial de vejez encuentra amparo en los artículos 48 y 53 superiores, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna, dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia.

En la precitada sentencia C-177 de 1998, esta corporación concluyó:

“Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48). Por ello esta Corporación ya había señalado que 'quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma'[10]. Por ende, y a pesar de que el derecho a la pensión es de configuración legal, la Corte considera que la norma acusada establece una cierta limitación al contenido constitucionalmente protegido de este derecho, puesto que personas que efectivamente han cotizado durante determinadas semanas a empresas o cajas privadas no pueden acumular esos períodos por una razón que no les es imputable, puesto que no depende de ellos, sino de las empresas o las cajas, que se efectúe el traslado de la correspondiente suma actualizada. Ahora bien, en la medida en que los derechos constitucionales no son absolutos, la Carta admite restricciones a los mismos. Por ello el hecho de que la norma acusada limite el derecho a la pensión no genera en sí mismo la inexequibilidad

de esa disposición. Sin embargo, estas restricciones, para ser constitucionales, deben ser proporcionales a la finalidad buscada y deben en todo caso respetar el contenido esencial del derecho constitucional. El interrogante que surge es entonces si esa restricción es proporcionada.”

Por otra parte, es importante anotar que, en principio, la Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional[11], salvo las excepciones mencionadas en dicha Ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279. Igualmente, se encuentran exceptuados los regímenes especiales como el caso de las pensiones especiales para la actividad de alto riesgo, que regulan los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003.

Adicionalmente, entre trabajadores y empleador(es) pueden existir negociaciones, que conlleven la estipulación de condiciones laborales más favorables, las cuales se materializan dentro de una convención colectiva[12], que se aplica a los afiliados del sindicato; sin embargo, cuando dichos afiliados excedan la tercera parte del total de los trabajadores de una empresa, la convención “se extiende a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados”.

En consecuencia, se puede colegir que cuando existan diferentes normas que sean aplicables al trabajador, se escogerá la que resulte más favorable a éste, que se aplicará en su totalidad (cfr. arts. 53 Const. y 20 y 21 C. S. T.).

Quinta. Mora en el pago de aportes y cotizaciones a pensión. 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 en conexidad con el mínimo vital del trabajador, pues del pago oportuno que se haga puede depender directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales.

Así, esta corporación ha señalado[14] que una entidad administradora de pensiones no puede negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho, argumentando el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al empleado se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que soporte tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador y por la cual éste debe responder. Recuérdese que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispone:

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

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

En armonía con lo anterior, en la precitada sentencia C-177 de 1998 se indicó, sobre el incumplimiento patronal:

“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en

hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado.

Dicho de otra forma, retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez.[15]”

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes pueda afectar los derechos fundamentales de quien ha completado los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, el legislador ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras cobren aquéllos y sancionen su cancelación extemporánea, como medio para corregir el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social integral y no desproteger al afiliado[16]. Así, los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993[17] consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador. Por su parte, sobre dicha obligación, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999, establecen los plazos para presentar los aportes y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, establece acciones para el cobro.

De lo expuesto deviene con claridad, entonces, que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora e imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquéllas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución.

También la Corte indicó[19] que estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes adeude el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización.

Además, tampoco es dable a tales entidades hacer recaer sobre el empleado las consecuencias negativas que puedan derivarse de la mora del empleador en el pago de los aportes, de ninguna manera transferible al trabajador, a quien aquél debe hacer las deducciones mensuales a que haya lugar.

Sexto. El caso concreto.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar la viabilidad de la tutela pedida por el señor Juan de Dios Gutiérrez Pimienta, frente a la negativa del ISS a reconocer y pagar la pensión por él solicitada, argumentando que el actor no acredita que realizó una actividad de alto riesgo y que la empresa donde laboró no pagó el 6% adicional por desempeñar tal actividad.

6.1. La primera verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución señala que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, como ya se señaló, la acción de tutela

no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión especial de vejez, pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción laboral, ordinaria o contenciosa, según el caso. De tal modo, es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones especial de vejez, por vía de tutela.

Esta Sala considera que, en este asunto, el mecanismo ordinario resultaría idóneo y eficaz, pues el actor no tiene edad[20] que conduzca a temer que no existiría para el momento en que se profiera fallo definitivo, ni es pronosticable que el conflicto sobre el cumplimiento de los requisitos de la pensión de vejez haya perdido razón de ser cuando se produzca tal fallo.

Sin embargo, ello no determina inexorablemente que la acción no pueda prosperar, ante las circunstancias específicas que el caso presenta y, particularmente frente a la indolencia que CORELCA, ahora TRANSELCA S.A. ESP y el ISS, seccional Atlántico, han demostrado con relación a un ex trabajador que ha cumplido los requisitos para obtener su pensión especial de vejez, estando de otra parte comprometido su mínimo vital, pues carece de trabajo y a sus 59 años no tiene otro medio de subsistencia y, según él afirma y no se le rebatió, se encuentra en “estado de salud muy delicado”, afectado de “inestabilidad en la columna por retrolistesis L3 y L4 osteoartritis de columna lumbar” (fs. 2 y 3 cd. inicial).

Obsérvese, frente a la ausencia de respuesta del ISS, lo determinado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que conduce a que se tengan por ciertos los hechos expuestos en la demanda, los cuales, en parte, aparecen corroborados aún por la propia empresa CORELCA.

Adicionalmente, se aprecia que el accionante desplegó toda la actividad administrativa posible y frente a los actos a través de los cuales le fue negado el reconocimiento de su pensión, interpuso reposición y apelación, recursos que le fueron resueltos desfavorablemente (fs. 7 a 13 ib.).

6.2. Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, ha de verificar la Sala si el derecho del actor a la seguridad social y su mínimo vital están siendo vulnerados por el ISS, seccional Atlántico.

El demandante afirma que cumple los requisitos necesarios para acceder a la pensión especial de vejez, por tener “750 semanas laboradas y 50 años de edad”. Si bien el ISS no dio respuesta a la acción de tutela, ni al requerimiento efectuado en sede de revisión, en el expediente (f. 7 ib.) obra la Resolución N° 018509 de septiembre 1° de 2008, por medio de la cual el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Seguro Social, seccional Atlántico, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 15658 de Diciembre 27 de 2007, que negó el reconocimiento de la pensión de vejez.

Allí se observa que, no obstante negarse el derecho a la pensión, el ISS acepta que el asegurado está en el régimen de transición señalado en “el Decreto 1281 de 1994 en su artículo 8°”; además, el actor “laboró en dicha empresa desde el 16 de septiembre de 1982 hasta el 31 de agosto de 1998”, indicándose que “acredita un total de 1625 días o 232 semanas, de las cuales 1378 días equivalen a 03 años, 09 meses y 28 días o 196 semanas los cotizo en calidad de servidor público al ISS, de la misma forma es preciso resaltar que el asegurado también reporta un total de 4183 días... de las cuales 597 semanas fueron cotizadas con la empresa CORELCA S.A.” (fs. 7 y 9 ib.).

No obstante, sostuvo el ISS que no existe certeza en torno a que el trabajo que realizó el accionante hubiese sido de alto riesgo, además de que la empresa para la cual laboró no pagó el

6% adicional que correspondía al tratarse de una actividad riesgosa, “pruebas determinantes” para establecer si el peticionario realizó la actividad a la que se está haciendo referencia (f. 9 ib.). Más adelante puede también constatarse (f. 12 ib.):

“... es preciso por demás indispensable que se determine con certeza que se ejecute actividades de alto riesgo por parte de quien pretende el reconocimiento de una pensión especial de vejez.

Que revisado el certificado de semanas cotizadas por el asegurador, se determinó que la empresa CORELCA no efectuó el pago del aporte adicional del 6% consagrado en el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994.

Que el pago adicional del 6% lo debe realizar el empleador a favor del trabajador, si ello no ocurre no acredita este requisito para acceder a la pensión.

... se aclara que es obligación especial del empleador cancelar oportunamente los aportes a nombre de sus trabajadores.”

Así, de conformidad con la jurisprudencia citada, es claro que el ISS estaba en el deber de exigir al empleador la cancelación de los aportes pensionales y, eventualmente, imponerle sanciones por las vías legalmente establecidas, pero no hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que emanen de la mora del empleador en el pago de los aportes, siéndole ajena al actor dicha situación.

En sentencia T-165 de febrero 27 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, esta corporación aseveró: “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 estas semanas no recae sobre el actor.”

Siguiendo la jurisprudencia constitucional antes expuesta, no le era admisible al ISS alegar su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro, pues de haberlo realizado oportunamente no habría obstaculizado el goce efectivo del derecho a la pensión de una persona cercana a 60 años, que padece quebrantos de salud y no tiene otro medio económico para subsistir.

Adicionalmente, al efectuar el cómputo del lapso de aportes, esto es, entre septiembre 16 de 1982 y agosto 31 de 1998, que acepta el ISS (f. 6 ib.), el demandante evidentemente superó las 750 semanas de cotización para acceder a la pensión especial de vejez, que ha venido reclamando desde marzo 6 de 2000, tiempo en el cual accedió a la edad para reclamar dicha pensión.

Adicionalmente, téngase en cuenta que además de que el actor cumple los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez dispuesta en el Decreto 1281 de 1994, también existe una convención colectiva, que se encuentra vigente y el actor hace parte de ella, donde se estableció en el artículo décimo quinto que los trabajadores que desempeñen las labores de “linieros, soldadores, calderistas y los que manejen o trasiegan ácidos, se jubilarán con 20 años de servicio continuos o discontinuos al servicio de la empresa y 50 años de edad”, por considerarse actividades de alto riesgo (f. 31. ib.).

De tal manera, como ya se indicó, si existen diferentes normas que pudieren aplicarse frente a una determinada situación, se escogerá la que resulte más favorable al trabajador (art. 53 Const.), de donde puede colegirse que la norma aplicable en este caso es la de la convención colectiva, más beneficiosa para el interesado.

Distinto a lo resuelto en las instancias, la Corte encuentra que con la expedición de los actos administrativos por el ISS, negando el reconocimiento pensional solicitado y los recursos interpuestos, ese Instituto actuó de manera errada y vulneró los derechos del actor a la seguridad social (acceso a la pensión de vejez) y al mínimo vital, al no tener en cuenta la referida convención colectiva, acreditado como aparece que el trabajador laboraba en actividad de alto riesgo, estando facultado el ISS para realizar el cobro coactivo de los aportes, lo cual no hizo, optando por negar la pensión justamente pedida.

De acuerdo con todo lo anterior, esta Sala de Revisión revocará el fallo dictado en junio 26 de 2009 por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, que confirmó la denegación del amparo proferida en abril 21 de dicho año por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, en la acción de tutela instaurada por Juan de Dios Gutiérrez Pimienta, contra el ISS, seccional Atlántico y CORELCA S.A., ESP, hoy TRANSELCA S.A., ESP, que en su lugar será concedida, de manera definitiva ante la evidencia de lo expuesto y la renuencia a responder del ISS, seccional Atlántico.

En consecuencia, la Corte dejará sin efecto las Resoluciones números 15658 de diciembre 27 de 2007 y 018509 de septiembre 1° de 2008, proferidas por el ISS, al cual le ordenará, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces en la seccional Atlántico, que si todavía no lo ha realizado, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca la pensión especial de vejez a que tiene derecho Juan de Dios Gutiérrez Pimienta, según ha quedado especificado, y proceda a liquidarla y empezar a pagarla, incluido el tiempo desde cuando adquirió el derecho.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, en junio 26 de 2009, por medio de la cual se confirmó la adoptada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de dicha ciudad, en abril 21 del mismo año, denegando la tutela pedida por el señor Juan de Dios Gutiérrez Pimienta, contra el Instituto de Seguro Social, seccional Atlántico y CORELCA S.A., ESP, hoy TRANSELCA S.A., ESP, la cual, en su lugar, se resuelve CONCEDER, en protección de sus derechos a la seguridad social, en cuanto al acceso a la pensión de vejez, y al mínimo vital.

Segundo.- En consecuencia, se dispone DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones número 15658 de diciembre 27 de 2007 y 018509 de septiembre 1° de 2008, proferidas por el ISS, y ORDENAR al Instituto de Seguro Social, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces en la seccional Atlántico que, si aún no lo ha realizado, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca la pensión especial de vejez a que tiene derecho Juan de Dios Gutiérrez Pimienta y proceda a liquidarla y empezar a pagarla, incluido el tiempo desde cuando adquirió el derecho.

Tercero. Por Secretaría General, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y 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-762 de julio 31 de 2008, T-376 de mayo 17 y T-149 de marzo 2 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-286 de marzo 23 de 2008 y T-284 de abril 19 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-239 de marzo 6 de 2008, M. P. Marco Gerado Monroy Cabra; T-052 de enero 24 de 2008 y T-691A de septiembre 5 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-529 de julio 10 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-229 de marzo 24 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[2] "Sentencias T-239-08, T-284-07, T-149-07 y T-229-06."

[3] "Sentencia T-762-08, T-376-07, T-607-07, T-652-07, T-529-07, T-935-06 y T-229-06, entre otras."

[4] "Ibídem."

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

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

[7] "Por el cual se reglamentan las actividades de alto riesgo."

[8] "Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los

trabajadores que laboran en dichas actividades."

[9] Artículo 3° del Decreto 1281 de 1994 y artículo 4° del Decreto 2090 de 2003, anteriormente mencionados.

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

[11] En sentencia C-850 de septiembre 3 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, se recordó que la Ley 100 de 1993 "versa sobre la seguridad social en su amplia significación, como lo corroboran su título 'Por la cual se crea el sistema de **seguridad social integral** y se dictan otras disposiciones' y preámbulo, al disponer que 'la **Seguridad Social Integral** es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen **para proporcionar la cobertura integral de las contingencias**, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad".

[12] Código Sustantivo del Trabajo, artículo 467.

[13] Artículos 470 y 471 ib.

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

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

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

[17] Artículo 23 L. 100 de 1993: "**Sanción Moratoria.** Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente".

Art. 24 ib.: "**Acciones de Cobro.** Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo."

[18] Artículo 5° D. 2633 de 1994: "**Del cobro por vía ordinaria.** En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter

general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // 'Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.'

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

[20] Nació el 6 de marzo de 1950 (f. 7 cd. inicial).



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

