

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES SOCIALES

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Allanamiento a la mora

Esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse ampliamente acerca de situaciones especiales que permiten el reconocimiento y pago de una pensión, aún en los casos en que el empleador del beneficiario haya entrado en mora de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social. Para ello ha desarrollado reiteradamente las siguientes sub-reglas: a) Para que nazca la obligación de las Entidades Administradoras de Pensiones de reconocer y pagar una pensión de invalidez a un beneficiario afiliado a la misma, deben reunirse dos requisitos: i) que la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 50%, según lo exige taxativamente el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y ii) que el monto de cotizaciones sea igual o superior a 50 semanas durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según lo establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. b) Cuando se realicen cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez y que correspondan a ciclos causados con anterioridad a la misma, y las entidades encargadas de administrar el Sistema General de Pensiones acepten dichos pagos, se presenta la figura del “allanamiento a la mora”, lo cual implica que los dineros cancelados extemporáneamente convalidan dichos aportes, toda vez que no se objetaron los pagos en el momento en que se recibieron los mismos. c) El incumplimiento del empleador en el pago de los aportes a la seguridad social, dentro de los cuales se encuentra el porcentaje descontado oportunamente al salario del trabajador, así como la negligencia de las Administradoras de los Fondos de pensiones en el recaudo de los mismos, no puede convertirse en un perjuicio para éste ya que las entidades de los distintos subsistemas de pensiones, cuentan con los mecanismos legales que les permiten el cobro de las cotizaciones no pagadas por los patronos y las faculta para imponer sanciones por la cancelación extemporánea de las mismas.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Caso en que se comprobó que el demandante cumplió con el requisito de 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez

Se concluye que en el presente caso se está vulnerando el derecho del actor al

reconocimiento de su pensión, toda vez que se comprobó que cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Aunque algunos de los aportes se realizaron extemporáneamente por parte del empleador, al actor sí se le descontaron periódicamente y por anticipado los porcentajes legales de su salario. Por tanto, como se dijo anteriormente, no le corresponde al empleado soportar las consecuencias negativas de la desidia de su patrono ni la negligencia de la administradora de pensiones, en el pago y cobro de los aportes a la seguridad social. Además, se insiste, que el demandante es una persona de 65 años de edad, que padece una enfermedad terminal y que por ello fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 57%, la cual ha ido en aumento con el paso del tiempo. No obstante lo anterior, una vez efectuadas las cotizaciones respectivas, su apoderada judicial elevó nuevo derecho de petición a la entidad accionada, solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez. Su no contestación oportuna, dio origen a un proceso laboral ordinario que se adelanta ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín y a la presente tutela, la cual fue resuelta por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de la misma ciudad. El despacho judicial que conoció del amparo constitucional negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero concedió la protección al derecho de petición del actor, y en consecuencia ordenó al ISS que expidiera un nuevo acto administrativo donde se tuvieran en cuenta todas las semanas cotizadas a favor del actor, incluyendo las extemporáneas. El fallo fue impugnado y el Tribunal de Distrito Superior de Medellín -Sala Laboral-, lo confirmó. Después de dos incidentes de desacato, el ISS promulgó una nueva Resolución (20401 del 29 de octubre de 2010) donde niega nuevamente el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez del actor, argumentando que la empresa SERYMA LTDA, sólo cotizó 43 semanas, de las cuales son válidas para pensión 26. Yerra el ISS al considerar que el accionante no cumple con el requisito establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, ya que como quedó demostrado en los cuadros anteriores, en realidad el accionante tiene acreditadas 61.28 semanas de cotización con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Lo precedente, aunado al lamentable estado de salud en que se encuentra el accionante y a las condiciones paupérrimas en que vive con su familia, permite a esta Sala de Revisión ordenar el reconocimiento y pago de la pensión reclamada.

Cabe precisar que en las pruebas allegadas a esta Sala durante el trámite de revisión de tutela se puso de manifiesto que en el proceso ordinario iniciado ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, después de haber transcurrido más de 22 meses de admitida la demanda, no fue posible integrar el contradictorio, razón por la cual el despacho

judicial ha tenido que proferir sendos edictos emplazatorios con el fin de notificar a una de las partes del contenido de la demanda. Ello permite deducir que el trámite del proceso podrá tardar varios años, situación que no se acompasa con el precario estado de salud en que se encuentra el accionante. De todo lo anterior, se puede colegir que dadas las circunstancias económicas y de salud, en que se encuentra el accionante, el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección efectiva de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida digna. Por esta razón esta Sala de Revisión procederá a reconocer la pensión de invalidez al accionante, de manera definitiva, al margen de lo que decida el Juzgado Once Laboral, respecto a los presuntos aportes que aún debería pagar la empresa SERYMA LTDA al Instituto de los Seguros -Sociales. Esto, atendiendo a que las semanas acreditadas en el expediente de tutela demuestran el cabal cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y por tanto, son suficientes para que se declare el derecho prestación al reclamado por el accionante.

Referencia: expediente T-2831205

Acción de tutela instaurada por Iván de Jesús Vergara Ruiz contra el Instituto de los Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C, catorce (14) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Doce (12) Laboral del

Circuito de Medellín, el 25 de junio de 2010 y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial -Sala Laboral- de la misma ciudad, el 17 de agosto de 2010, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Iván de Jesús Vergara Ruiz contra el Instituto de los Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES.

En escrito presentado el día 3 de junio de 2010, el señor Vergara Ruiz solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y la seguridad social, presuntamente vulnerados por la entidad demandada, al negarse el reconocimiento de la pensión de invalidez consagrada en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, mediante la Resolución núm. 033783 del 28 de noviembre de 2008. Como sustento a la solicitud de amparo, invoca los siguientes:

1. Hechos:

1. Indica el accionante que nació el 18 de mayo de 1945, por tanto, al momento de interponer la presente acción de tutela contaba con 65 años de edad.

1. Señala que cotizó interrumpidamente al Instituto de los Seguros Sociales desde el mes de junio de 1976 hasta el mes de febrero de 2009.

1. Manifiesta que ante su precaria situación económica, a comienzos del año de 2004 logró acceder al régimen subsidiado en pensiones administrado por el Consorcio Prosperar.

1. Indica que a mediados del año 2004, cuando contaba con 59 años de edad, logró vincularse laboralmente con SERYMA LTDA, desempeñando el oficio de portero. Señala que la empresa mencionada sólo realizó los aportes a salud, pero no cotizó para los riesgos de pensión.

1. Aduce que mediante dictamen proferido el día 11 de octubre de 2007, por el Departamento de Medicina Laboral del ISS, fue calificado con el 57% de pérdida de la capacidad laboral y se estableció como fecha de estructuración de la misma el día 10 de agosto de 2007.

1. De igual manera, afirma que durante el vínculo de la relación laboral con SERYMA LTDA, él mismo continuó realizando los aportes para pensión a través del Consorcio Prosperar, desconociendo que la obligación de cotizar al ISS recaía exclusivamente en el empleador.

1. Advierte que el día 23 de octubre de 2007 radicó ante la entidad accionada la documentación necesaria para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. La petición fue despachada de manera desfavorable mediante resolución núm. 033783 del 28 de noviembre de 2008; para ello el Instituto de los Seguros sociales argumentó:

“Que revisado el reporte de semanas expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 547 semanas válidas, de las cuales {0 (cero)} semanas se cotizaron válidamente, en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Que las semanas cotizadas no son válidas pues consta en el expediente, a folios 12 y 13, certificado emitido por la EPS SALUCOOP, según el cual el señor IVÁN DE JESÚS VERGARA RUIZ identificado con c.c. 3.375.268 se encontraba afiliado, en calidad de cotizante bajo el empleador SERYMA LTDA desde el 22 de mayo de 2004 hasta el 30 de octubre de 2007 fecha de solicitud de dicha certificación, la cual cubre la fecha del primer dictamen médico laboral, dando como resultado que sólo cuenta con 47 semanas válidas de las cuales 0 se cotizaron válidamente en los 3 años anteriores a la estructuración.”

Tales cotizaciones del período como trabajador independiente en salud, hacen asumir que

en dicho período el señor Vergara contaba con capacidad de pago y por lo tanto podía aportar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por el régimen contributivo, sin embargo continuó haciendo los aportes por el sistema subsidiado, desconociendo que tal, está concebido como auxilio para quien no tiene capacidad de pago, según conceptos DJN-US 17586 del 26 de octubre de 2005, DJN-US 1488 de 2 de febrero de 2006 y DJN-US 5637 del 8 de mayo de 2006 y el Decreto 1858 de 1995 modificado por el Decreto 2414 de 1998, que prescribe la obligación exclusiva de los patronos frente a los trabajadores dependientes beneficiarios del régimen subsidiado, de pagar el monto total de la cotización al Sistema General de Pensiones.”

1. Anota que como consecuencia de la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez, acudió ante quien fuera su patrono con el fin de solicitarle el pago de los aportes al ISS para de esta manera poder acceder a su derecho prestacional. La empresa SERYMA LTDA accedió al pago de los aportes junto con sus respectivos intereses y el día 22 de abril de 2010 realizó los aportes mediante autoliquidaciones debidamente autorizadas por el ISS. En esa ocasión se pagaron las cotizaciones para pensión correspondientes a los ciclos enero-julio de 2007, toda vez que según la historia laboral expedida por dicho Instituto, los aportes de agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2006 y agosto de 2007, se realizaron en debida forma.

1. El día 30 de abril de 2010 el accionante solicitó nuevamente el reconocimiento de la pensión de invalidez; en esa ocasión pidió que se le tuvieran en cuenta las semanas pagadas de manera extemporánea por la empresa SERYMA LTDA. Destaca que si el ISS acumula dichas semanas a su historia laboral, necesariamente cumpliría con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 y de esta manera alcanzaría su derecho pensional, toda vez que en su historia laboral quedarían acreditadas 555 semanas en todo el tiempo de cotización y 52.9 en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

1. Ante las constantes negativas del ISS a reconocer la pensión de invalidez al señor Vergara Ruiz, el día 30 de marzo de 2010 incoó demanda laboral ordinaria, pretendiendo el

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Por esta razón solicita que se conceda de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, hasta tanto el juez natural decida de fondo el derecho prestacional reclamado.

1. Por último, manifiesta que debido a su invalidez, la cual se ha ido incrementando con el paso del tiempo al punto de que al momento de la presentación de la acción de tutela se encuentra hospitalizado, no ha podido laborar y, por tanto, proveer el sustento necesario a su núcleo familiar, compuesto por él y su cónyuge, quien tampoco ha podido desempeñar actividad económica alguna, por tener que estar prodigando auxilio y cuidado a su enfermedad. De esta manera, advierte que se agrava aún más su precaria situación económica, dado que no cuenta con bienes propios ni rentas, lo que lo condena inexorablemente a vivir en la mendicidad y la indigencia. Por todo ello considera que en un caso extremo como este, procede la acción de tutela de manera transitoria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, el accionante solicita le sean amparados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la igualdad y a la seguridad social, y como consecuencia de ello, se ordene al ISS que reconozca y pague la pensión de invalidez a la que tiene derecho.

2. Trámite procesal

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 4 de junio de 2010, avocó el conocimiento de la acción de tutela. En esa misma oportunidad corrió traslado al Representante Legal del ISS para que se pronunciara sobre la solicitud de amparo.

Notificado el auto admisorio de la demanda a la entidad de previsión social demandada, la misma guardó silencio.

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del veinticuatro (24) de junio

de dos mil diez (2010), denegó las pretensiones elevadas por el accionante en lo que respecta al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, al considerar que siendo este un derecho de rango legal que aún se encuentra en discusión, no puede ampararse por vía tutelar toda vez que existen otros medios alternativos de defensa judicial donde se puede controvertir de manera eficaz el reconocimiento del derecho prestacional reclamado.

Sin embargo, estimó que toda vez que el accionante había presentado una nueva solicitud sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez el día 30 de abril de 2010 y que a la fecha de interposición de la tutela aquel no había sido resuelto, se debía amparar el derecho fundamental de petición y en consecuencia ordenó al ISS que entrara a “resolver de fondo y a través de acto administrativo, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, la solicitud formulada por la apoderada del señor IVÁN DE JESÚS VERGARA RUIZ identificado con la c.c. 3.375.268, teniendo en cuenta todas y cada una de las semanas cotizadas por la empresa SERYMA LTDA; incluyendo aquellas que fueron pagadas en forma extemporánea junto con los respectivos intereses de mora el 22 de abril de 2010.”

2. Impugnación

La apoderada judicial del accionante, mediante escrito del 2 de julio de 2010, impugnó el fallo del a quo al considerar que dada la gravedad de los quebrantos de salud que padece el señor Vergara Ruiz, el despacho judicial debió acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de manera transitoria, toda vez que para el asunto sub examine los medios ordinarios de defensa carecen de idoneidad, por cuanto la efectiva protección del derecho reclamado puede tardar varios años y para entonces la expectativa de vida del actor se vería agotada, dado que el 25 de junio de 2010 el médico tratante le diagnosticó un cáncer terminal y señaló que le quedan muy pocos días de vida.

3. Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Laboral-, mediante fallo del 17 de agosto de 2010, confirmó la sentencia proferida por el ad quo en todas sus partes con idénticos argumentos.

III. PRUEBAS.

1. En el trámite de la acción de tutela obran como pruebas relevantes las siguientes:

* Copia de la demanda laboral ordinaria presentada ante la oficina judicial de Medellín (folios 14-20 c. p.).

* Copia de la cédula de ciudadanía del accionante donde se aprecia que su fecha de nacimiento ocurrió el 18 de mayo de 1945 (folio 23 c. p.).

* Copia de los aportes a salud realizados por la empresa SERYMA LTDA (folios 24-25 c. p.).

* Poder para actuar, fotocopia de la cédula de ciudadanía y tarjeta profesional de la apoderada judicial (folios 26-27 c. p.).

* Copia de 7 planillas de autoliquidación, con las cuales se pagan los aportes para pensión de manera extemporánea a favor del señor Iván de Jesús Vergara Ruiz, identificado con cédula de ciudadanía número 3.375.268 (folios 29-36 c. p.).

* Carta dirigida a la apoderada judicial del accionante, por parte del arrendador del inmueble donde habita el señor Vergara Ruiz, manifestando la precaria situación económica y de salud en que se encuentra el señor Vergara Ruiz e informando que éste se ha constituido en mora en el pago de arrendamiento y los servicios públicos por más de tres meses (folio 37 c. p.).

* Fotocopia de la historia clínica del tutelante donde se pone de manifiesto las diferentes patologías padecidas por el señor Vergara Ruiz, entre ellas “EPOC EXARCEBADO COINFECTADO” (folios 38-49 c. p.).

* Copia de la Resolución número 033783 del 28 de noviembre de 2008, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al accionante (folios 50-52.c. p.).

* Dictamen médico laboral emitido por la Junta Médica del ISS el día 11 de octubre de 2007, donde se certifica que el accionante ha perdido su capacidad laboral en un 57%, que su enfermedad es de origen común y que la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al 10 de octubre del mismo año (folios 53-54 c. p.).

* Copia de la historia laboral del accionante emitida por el Instituto de los Seguros Sociales (folios 58-64 c. p.).

1. Además, durante el trámite de tutela en sede de revisión, el día 3 de febrero de 2010 se allegaron por parte de la apoderada judicial del accionante los siguientes documentos:

* Copia de dos incidentes de desacato presentados ante el juez de primera instancia, dado el incumplimiento del fallo de tutela.

* Copia de la resolución 20401 del 29 de diciembre de 2010 expedida por el ISS, donde se niega nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al actor, bajo el

argumento de que sólo alcanzó a cotizar 26 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

* Copia de los memoriales enviados al Juzgado donde se viene adelantando el proceso ordinario laboral, aportando la constancia de notificación personal, por aviso y el edicto emplazatorio que expidió el despacho judicial con destino a la empresa SERYMA LTDA.

* De igual manera, reitera que su prohijado se encuentra hospitalizado desde hace 15 días por complicaciones de su EPOC, con infección de próstata y problemas de hígado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso 3° y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la negativa del Instituto de los Seguros Sociales de aceptar las semanas cotizadas extemporáneamente a favor del actor, con las cuales alcanzaría los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social del tutelante.

Para la solución del caso se hará una breve relación a: (i) la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales; (ii) el derecho a la pensión de invalidez y el allanamiento a la mora; (iii) por último, se resolverá el caso concreto.

1. Procedencia de la Acción de Tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales.

La jurisprudencia de esta corporación¹ ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela no procede, en principio, para el reconocimiento de pensiones por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, cuya competencia está en cabeza de la justicia laboral o contenciosa administrativa, según el caso. No obstante lo anterior, en situaciones excepcionales ha admitido por vía de amparo constitucional el reconocimiento de una pensión, en particular la de invalidez, cuando por las circunstancias del caso concreto adquiere carácter de fundamental.

El derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando está íntimamente relacionado con derechos de rango constitucional como la vida, la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. De esta manera, en aquellos casos en los que se logre evidenciar que la omisión en el reconocimiento de la pensión de invalidez, amenaza gravemente la vida en condiciones dignas del accionante, procede la acción de tutela.

Al respecto, nuestra Constitución contempla una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta. Es así como en el artículo 47 Superior establece que el Estado “adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

En desarrollo de lo anterior, esta Corte ha señalado², que los mandatos constitucionales imponen al Estado: “ i) el deber de otorgar un trato diferente y tomar las medidas necesarias y favorables para que las personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás, a fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.); ii) la obligación de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y el deber de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (art. 13 C.P.); y (iii) el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran (arts. 47 y 54 C.P.)”.³

De este modo, se infiere que las autoridades administrativas, especialmente las que manejan

los recursos del Sistema Integral de la Seguridad Social, deben obrar diligentemente frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que merecen especial protección por parte del Estado “interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del Constituyente de garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales”⁴.

Por todo ello, cuando la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez afecte el goce real y efectivo de los derechos fundamentales de un trabajador, impidiéndose de paso su acceso a los recursos necesarios para proveerse el mínimo vital, la acción de tutela resulta procedente y por tanto, se convierte en el medio más expedito para garantizar la materialización de los derechos conculcados.

1. El derecho a la pensión de invalidez. Allanamiento a la mora.

La pensión de invalidez, encuentra su fundamento constitucional en los artículos 25, 48 y 53 de la Carta Política. En desarrollo de los mismos, el Legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones recogido en la Ley 100 de 1993, donde concretamente definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr el reconocimiento y pago de dicha prestación⁵.

Este artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056 del mismo año.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la Ley 860 de 2003 que entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de la misma calenda y que cambió las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez⁶. Más adelante, la Sentencia C-428 del 1º de julio de 2009 entró a resolver si los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003, en comparación con los establecidos en el artículo 39 de la ley 100, resultaban contrarios al principio de progresividad. De conformidad con lo analizado, declaró la constitucionalidad del requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y declaró la inexecutable del requisito de fidelidad al sistema.

De esta manera, actualmente pueden acceder al derecho a la pensión de invalidez quienes logren demostrar que han perdido el 50% o más de su capacidad laboral⁷ y han realizado cotizaciones iguales o superiores a 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, o en algunos casos con anterioridad a la fecha de la calificación de la misma⁸.

En lo que respecta al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, la Ley 100 de 1993, en su artículo 22, delegó expresamente esta responsabilidad en el empleador, ya que éste es quien tiene la obligación de realizar los aportes, junto con aquellos que por ley debe descontar al trabajador. Cuando un patrono no realiza la transferencia de los recursos a las entidades encargadas de administrar el Sistema Integral de Seguridad Social o lo hace tardíamente, atenta contra los derechos constitucionales y legales de sus trabajadores toda vez que de las cotizaciones oportunas depende el reconocimiento de la prestación social reclamada.

Así las cosas, con el fin de evitar que la mora en los aportes al sistema de seguridad social atenten contra derechos prestacionales de los trabajadores, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 239 y 2410 y en su Decreto reglamentario 2633 de 1994, artículo 5°¹¹, dotaron de mecanismos especiales de cobro a las entidades encargadas de administrar sus recursos. Como puede apreciarse, dicho desarrollo legal atribuye a las entidades encargadas de reconocer las pensiones, la función de exigir al patrono la cancelación de las cotizaciones, no siendo posible a aquellas alegar en su favor su propia negligencia.

Es así como esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse ampliamente acerca de situaciones especiales que permiten el reconocimiento y pago de una pensión, aún en los casos en que el empleador del beneficiario haya entrado en mora de realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social. Para ello ha desarrollado reiteradamente las siguientes sub-reglas:

a) Para que nazca la obligación de las Entidades Administradoras de Pensiones de reconocer y pagar una pensión de invalidez a un beneficiario afiliado a la misma, deben reunirse dos requisitos: i) que la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 50%, según lo exige taxativamente el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y ii) que el monto de cotizaciones sea igual o superior a 50 semanas durante los últimos tres años inmediatamente anteriores a la

fecha de estructuración de la invalidez, según lo establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

b) Cuando se realicen cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez y que correspondan a ciclos causados con anterioridad a la misma, y las entidades encargadas de administrar el Sistema General de Pensiones acepten dichos pagos, se presenta la figura del “allanamiento a la mora”, lo cual implica que los dineros cancelados extemporáneamente convalidan dichos aportes, toda vez que no se objetaron los pagos en el momento en que se recibieron los mismos¹².

c) El incumplimiento del empleador en el pago de los aportes a la seguridad social, dentro de los cuales se encuentra el porcentaje descontado oportunamente al salario del trabajador, así como la negligencia de las Administradoras de los Fondos de pensiones en el recaudo de los mismos, no puede convertirse en un perjuicio para éste ya que las entidades de los distintos subsistemas de pensiones, cuentan con los mecanismos legales¹³ que les permiten el cobro de las cotizaciones no pagadas por los patronos y las faculta para imponer sanciones por la cancelación extemporánea de las mismas.¹⁴

Con fundamento en los enunciados anteriores, ha concluido esta Corporación:

“i) del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, previo cumplimiento de los requisitos legales, depende la protección efectiva de los derechos fundamentales de personas que por su discapacidad son sujetos de especial protección constitucional; y

ii) habida cuenta la relevancia constitucional que el tema de pensión de invalidez tiene, la mora patronal en el pago de los aportes destinados a ella no constituye motivo suficiente para enervar el suministro de la misma, máxime si se tiene en cuenta los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para que las entidades administradoras de pensiones cobren las cotizaciones respectivas¹⁵”.

De lo expuesto, se puede concluir que no corresponde al trabajador asumir las consecuencias negativas de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social toda vez que pese a la falta de transferencia de dichos recursos, al trabajador sí se le realizaron las deducciones mensuales de su salario; de esta manera no se le puede imputar la falta de pago de las respectivas cotizaciones al sistema. Además, la normatividad referida

establece mecanismos específicos mediante los cuales las entidades encargadas de reconocer las prestaciones sociales pueden afrontar las situaciones de mora, ya que se encuentran facultadas para exigir la cancelación de los dineros adeudados y para imponer las sanciones de rigor.

1. Caso concreto.

El actor, quien se desempeñaba como portero en la empresa SERYMA LTDA, se encuentra en situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta atendiendo a su edad (65 años) y a la discapacidad que padece, ya que tal como se encuentra acreditado en el expediente, ha sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 57% por una EXACERBACIÓN NEUMÓNICA DE EPOC, enfermedad de origen común que lo imposibilita para trabajar y obtener una fuente de ingresos, lo que lo ha sumido en una condición económica deplorable.

En el presente caso, inicialmente el Instituto de los Seguros Sociales negó al accionante la pensión de invalidez por no acreditar el requisito señalado en el Art. 1º de la Ley 860 de 2003, en lo que se refiere a las 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, la cual ocurrió el 10 de octubre de 2007. Aduce la entidad, que el señor Vergara Ruiz acreditó cero (0) semanas durante dicho período, toda vez que el accionante cotizó al sistema de salud a través del régimen contributivo (SALUCOOP), sin embargo, al sistema de pensiones realizó aportes por intermedio del régimen subsidiado (CONSORCIO PROSPERAR). Por tal razón, juzga que no pueden tener como válidas dichas cotizaciones.

Como consecuencia de lo anterior, el accionante acudió ante su empleador para solicitar la cancelación de los aportes con el fin de que no se afectara su derecho a pensionarse. Así la empresa canceló los aportes junto con los intereses moratorios en planillas de autoliquidación previamente autorizadas por el ISS, completándose el tiempo de cotización requerido para adquirir el derecho a la pensión reclamada.

CICLO

NOMBRE

I.B.C

COTIZACIÓN

DÍAS COTIZADOS

2006/08

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

30

2006/09

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

30

2006/10

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

30

2006/11

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

30

2006/12

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

30

2006/08

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

30

2007/08

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 434.000

\$ 67.300

30

2007/09

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 434.000

\$ 67.300

30

2007/10

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 434.000

\$ 67.300

30

TOTAL DÍAS COTIZADOS

240

VÁLIDOS PARA PENSIÓN¹⁶

219

Adicionalmente a los períodos antes señalados, hay que sumar los ciclos cotizados de manera extemporánea y que se encuentran acreditados (folios 29 – 35 del c. p.) por medio de las planillas de autoliquidación que expide el Instituto de los Seguros Sociales, donde

aparece identificado el nombre del accionante, su número de cédula y el pago de los aportes junto con los respectivos intereses. Estos períodos de cotización son los siguientes:

NOMBRE

I.B.C

COTIZACIÓN

DÍAS COTIZADOS

2007/01

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

Con intereses

\$ 111.640

30

2007/02

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63. Con intereses

\$ 111.640240

30

200/03

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

Con intereses

\$ 111.640

30

2007/04

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 63.240

Con intereses

\$ 111.640

30

2007/05

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

Con intereses

\$ 111.640

30

2007/06

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

Con intereses

\$ 111.640

30

2007/07

VERGARA R. IVAN DE JESÚS.

\$ 408.000

\$ 63.240

Con intereses

\$ 111.640

30

TOTAL DÍAS COTIZADOS

210

VÁLIDOS PARA PENSIÓN

De esta manera se tiene que los tiempos cotizados con anterioridad al 10 de octubre de 2007, a favor del señor IVÁN DE JESÚS VERGARA RUIZ, suman en total 429 días, equivalentes a 61.28 semanas, cumpliendo de esta forma con los requerimientos del artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que en el presente caso se está vulnerando el derecho del actor al reconocimiento de su pensión, toda vez que se comprobó que cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Aunque algunos de los aportes se realizaron extemporáneamente por parte del empleador, al actor sí se le descontaron periódicamente y por anticipado los porcentajes legales de su salario. Por tanto, como se dijo anteriormente, no le corresponde al empleado soportar las consecuencias negativas de la desidia de su patrono ni la negligencia de la administradora de pensiones, en el pago y cobro de los aportes a la seguridad social. Además, se insiste, que el demandante es una persona de 65 años de edad, que padece una enfermedad terminal y que por ello fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 57%, la cual ha ido en aumento con el paso del tiempo.

No obstante lo anterior, una vez efectuadas las cotizaciones respectivas, su apoderada judicial elevó nuevo derecho de petición a la entidad accionada, solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez. Su no contestación oportuna, dio origen a un proceso laboral ordinario que se adelanta ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín y a la presente tutela, la cual fue resuelta por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de la misma ciudad. El despacho judicial que conoció del amparo constitucional negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero concedió la protección al derecho de petición del actor, y en consecuencia ordenó al ISS que expidiera un nuevo acto administrativo donde se tuvieran en cuenta todas las semanas cotizadas a favor del actor, incluyendo las extemporáneas. El fallo fue impugnado y el Tribunal de Distrito Superior de Medellín -Sala Laboral-, lo confirmó. Después de dos incidentes de desacato, el ISS promulgó una nueva Resolución (20401 del 29 de octubre de 2010) donde niega nuevamente el derecho al reconocimiento de la pensión de

invalidez del actor, argumentando que la empresa SERYMA LTDA, sólo cotizó 43 semanas, de las cuales son válidas para pensión 26.

Yerra el ISS al considerar que el accionante no cumple con el requisito establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, ya que como quedó demostrado en los cuadros anteriores, en realidad el accionante tiene acreditadas 61.28 semanas de cotización con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Lo precedente, aunado al lamentable estado de salud en que se encuentra el accionante y a las condiciones paupérrimas en que vive con su familia, permite a esta Sala de Revisión ordenar el reconocimiento y pago de la pensión reclamada.

Queda por resolver si al señor Vergara Ruiz, se concede el reconocimiento de su prestación de manera transitoria, en cuanto se vislumbra la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o si se ordena de manera definitiva por cuanto se avizora que los medios judiciales ordinarios no son idóneos.

Al respecto cabe precisar que en las pruebas allegadas a esta Sala durante el trámite de revisión de tutela se puso de manifiesto que en el proceso ordinario iniciado ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, después de haber transcurrido más de 22 meses de admitida la demanda, no fue posible integrar el contradictorio, razón por la cual el despacho judicial ha tenido que proferir sendos edictos emplazatorios con el fin de notificar a una de las partes del contenido de la demanda. Ello permite deducir que el trámite del proceso podrá tardar varios años, situación que no se acompasa con el precario estado de salud en que se encuentra el señor Vergara Ruiz.

De todo lo anterior, se puede colegir que dadas las circunstancias económicas y de salud, en que se encuentra el accionante, el medio judicial ordinario no resulta idóneo para la protección efectiva de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida digna. Por esta razón esta Sala de Revisión procederá a reconocer la pensión de invalidez al señor IVÁN DE JESÚS VERGARA RUIZ de manera definitiva, al margen de lo que decida el Juzgado Once Laboral, respecto a los presuntos aportes que aún debería pagar la empresa SERYMA LTDA al Instituto de los Seguros -Sociales. Esto, atendiendo a que las semanas acreditadas en el expediente de tutela demuestran el cabal cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y por tanto, son suficientes para

que se declare el derecho prestacional reclamado por el accionante.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín -Sala Laboral-, el 17 de agosto de 2010, que a su vez confirmó el emitido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de la misma ciudad, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor IVÁN DE JESÚS VERGARA RUIZ. En consecuencia TUTELAR sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de los Seguros Sociales que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez, de manera definitiva, al señor IVÁN DE JESÚS VERGARA RUIZ a partir del 10 de octubre de 2007, fecha en que se estructuró su invalidez, la cual no podrá ser inferior al Salario Mínimo Legal Mensual, junto con su respectivo retroactivo pensional.

Tercero.- Remitir copia de la presente sentencia al Juez Once Laboral del Circuito de Medellín, para que sea anexado al proceso ordinario, de manera tal que el juez natural apoye su cumplimiento.

Cuarto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PNILLA

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Ver entre otras las sentencias T-580 de 2007, T-103 de 2008, T-826 de 2008 y T-1030 de 2008

2 Sentencias T-043 de 2005 y T-220 de 2007.

3 Sentencia T-907 de 2009

4 Sentencia T-719 de 2003.

5 El artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original estableció los siguientes requisitos: “Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez;

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

6 Ver sentencia T-103 de 2008. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

7 Artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

8 Al respecto ver las Sentencias T-699A de 2007 y T-777 de 2009.

9 “ARTICULO 23. 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 (...).

10 “ARTICULO 24. 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”.

11 “(...) Artículo 5°. 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.

12 Sentencia T-860 de 2005.

13 Los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 establecen mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador.

“De lo expuesto, es claro, entonces, que la ley atribuye claramente a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora y para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También ha precisado la Corporación¹⁴ que, estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda 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 de lo anterior, tampoco les es dable a tales entidades, hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes o de la falta de descuento de los mismos, 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 se encuentra ajeno a dicha situación.”

15 Ver T-498 de 2008.

16 Ello por cuanto del mes de octubre de 2007, sólo pueden ser tenidos en cuenta los primeros 9 días, por ser los anteriores a la fecha de estructuración, la cual fue fijada el 10 de

octubre de 2007.