

Sentencia T-1203/08

ACCION DE TUTELA-Procedencia para el pago de pensión de invalidez

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Alcance

PENSION DE INVALIDEZ-Protección constitucional

PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN-Aplicación de excepción de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860/03

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Límites formal y material

LEY 860/03-Impone mayores exigencias para acceder a pensión de invalidez

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Violación por artículo 1 de ley 860/03

EMPLEADOR-Responsabilidad en aportes aunque no hubiere efectuado descuentos

EMPLEADOR-Responsabilidad por omisión en el pago de aportes patronales y traslado de cotizaciones al sistema general de pensiones

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Mecanismos para el cobro y sanción por mora al empleador de los de los aportes

ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES-Mecanismos para el cobro y sanción por cancelación extemporánea de aportes

La ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la tarea de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales para solventar las situaciones en mora y las faculta 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 Corporación 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.

ENTIDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES-No puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas derivadas de la mora o la falta de descuento del empleador en el pago de los aportes para la pensión de vejez

PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento con base en régimen consagrado en artículo 39 de Ley 100/93

PENSION DE INVALIDEZ-Seguro Social la negó con el argumento que la demandante no cumplía los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003

ACCION DE TUTELA-Reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto la mora patronal en el pago de aportes no constituye motivo para no conceder la prestación

Referencia: expedientes acumulados T-2'020.313, T-2'034.752, T-2'043.427 y T-2'043.925.

Acciones de tutela instauradas por Rosa María Collazos, Eleazar Tovar y William de Jesús Acevedo contra el Instituto de Seguro Social y por Juan Carlos Arredondo García contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Cuarto Penal del Circuito de Pereira, Décimo Tercero Laboral del Circuito de Medellín, Primero Penal del Circuito de Buga y por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil, Familia y Laboral.

Los expedientes T-2'020.313, T-2'034.752, T-2'043.427 y T-2'043.925 fueron acumulados por

auto del veinte (20) de noviembre de 2008.

1. Expediente T-2'020.313.

I. ANTECEDENTES

La señora Rosa María Collazos, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del Instituto de Seguro Social, seccional Cauca, por considerar que la entidad demandada vulnera sus derechos a la vida, la igualdad, la seguridad social, la familia, al mínimo vital y petición al abstenerse de reconocer la pensión de invalidez que, a su juicio, tiene derecho. Fundamenta su acción en los siguientes

a. Hechos:

1.1. Señala la actora que mientras estuvo laborando para el restaurante 'Los Quingos' confió en que su empleadora hacía los descuentos respectivos con destino a la seguridad social. Que con motivo de su trabajo, "contrajo la enfermedad de INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, la cual debe sobrellevar con un tratamiento de DIALISIS, que ostensiblemente afecta su calidad de vida".

1.2. Expresa que frente al incumplimiento de su empleador en cancelar los aportes, su retiro del sistema de Seguridad Social y la falta de asistencia médica, tuvo que inscribirse en el sisbén para procurar un tratamiento para su enfermedad. Considera que la anterior medida fue indigna "toda vez que como fruto de su trabajo debió ser atendida con todos y cada uno de los servicios de la E.P.S a la cual estaba afiliada y nunca negársele el servicio por cuenta del incumplimiento patronal".

1.3. Manifiesta que no obstante haber trabajado para la misma empleadora por más de tres años y enterarse de su exclusión del sistema de salud, fue despedida sin justa causa sin haber recibido el pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales a que tenía derecho.

1.4. Alega que una vez se determinó su enfermedad, acudió a la junta de calificación de invalidez para establecer el grado de su pérdida de capacidad laboral, la cual fue establecida en un 65.12%, superando el porcentaje exigido por la ley para ser beneficiaria de la pensión de invalidez. Como consecuencia de lo anterior, manifiesta que solicitó ante el ISS el día 30

de octubre de 2006 el reconocimiento de la pensión de invalidez, entidad que mediante resolución No. 03203 del 17 de noviembre de 2006 negó su petición y reconoció una indemnización sustitutiva, la cual, dice, no está obligada a aceptar por cumplir con los requisitos de ley para el reconocimiento pensional.

1.5. Expone que los argumentos del Seguro Social para negar el reconocimiento de la prestación no se ajustan a derecho, pues el instituto es conocedor del incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, situación que se puso de presente a través de comunicación de fecha agosto 4 de 2004, sin que la entidad hubiera adelantado gestiones de cobro. Igualmente señala que contra la anterior resolución interpuso los recursos de ley y que, hasta la fecha de presentación de la tutela, el ISS no había dado respuesta a los mismos, vulnerando sus derechos fundamentales.

1.6. Considera que cumple con el requisito de fidelidad exigido, toda vez que entre el 18 de agosto de 1971 (fecha en que cumplió los 20 años de edad) y el 16 de junio de 2006 (fecha de estructuración de la invalidez) tiene más del 20% de las semanas cotizadas, es decir, más de 358 semanas, ya que ha cotizado al sistema 524 semanas, sin tener en cuenta las que no han sido cobradas por el instituto accionado.

1.7. Manifiesta que “en la resolución recurrida se establece como ingreso base de liquidación un salario de \$ 394.302.00 pesos. Desconociendo que, para efectos de fijación del monto de la respectiva mesada pensional y por ende para la liquidación del retroactivo, no se debe desconocer el principio rector (artículo 40 de la ley 100 de 1.993) de que: ‘...En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual...’; que este año está fijado en un monto de \$461.500.00”. Segura de que le asiste su derecho a la pensión de invalidez, agrega que “obstinadamente la entidad se la ha negado y en su defecto reconoció una indemnización que por demás tampoco acoge el salario base de liquidación que realmente debe aplicarse; además lleva más de un año sin resolver los recursos interpuestos a tan arbitrario acto, vulnerando tajantemente los derechos fundamentales solicitados de amparo”.

1.8. Finaliza solicitando que se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la entidad accionada dé respuesta a los recursos presentados el 8 de marzo de 2008 con el fin de que el ISS reconozca y pague la pensión de invalidez desde el 16 de junio de 2006, fecha en la cual

cumplió los requisitos para acceder a la prestación.

El Instituto de Seguro Social, dentro del término legal concedido para dar respuesta a la acción, manifestó que la señora Collazos “no acredita los requisitos para la pensión de conformidad con la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 del mismo año (sic), toda vez que si bien es cierto es declarada invalida con más del 50% de discapacidad laboral, y cumple la fidelidad al sistema, no acredita 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad”. Además señala que de acuerdo con el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, cuando “el periodo declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia; por lo tanto no es procedente considerar los aportes cancelados con posterioridad al 16 de junio de 2006”.

Igualmente expone, como fundamento de su negativa, que el único responsable de las consecuencias derivadas del no pago, el pago extemporáneo o el error en el pago de las cotizaciones obligatorias, es el empleador. Anexa copia de la Resolución No. 1130 de 2008 mediante la cual resuelve el recurso de reposición presentado por la accionante.

II. DECISIONES JUDICIALES

a. Primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, en sentencia del 6 de mayo de 2008, negó por improcedente la tutela instaurada por la señora Rosa María Collazos por considerar que los medios de defensa ordinarios eran suficientes para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente violados.

En el fallo, el despacho manifiesta que no encuentra desconocimiento de las normas o una aplicación indebida de las mismas por parte del Seguro Social “en la medida en que sus conclusiones no son contraevidentes, o caprichosas, pues son el resultado de un análisis que desde el punto de vista lógico y jurídico se desprenden del contenido de las normas interpretadas (Ley 100 de 1993 - artículo 17, Decreto 1406 de 1999, artículo 27 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 18 del decreto 1818 de 1996). De manera que si eventualmente un autorizado criterio jurídico pudiera controvertirlas, ello no comporta que puedan ser

descalificadas por esta Juez constitucional”.

Con relación a la mora del empleador en el pago de los aportes, alegada por la accionante, encuentra el despacho que se trata de “un asunto con relevancia eminentemente legal, toda vez que obedece al desconocimiento y falta de aplicación de normas legales que reglamentan el sistema de seguridad social en pensión, en caso de llegar a comprobarse tales supuestos fácticos. En consecuencia el presente asunto no tiene la magnitud de alcanzar el carácter constitucional y por tanto deberá ser dirimida por el juez competente a instancia de parte”.

b. Segunda instancia

El Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil, Familia y Laboral, mediante proveído del 13 de junio de 2008, confirmó la decisión del a quo por considerar que “el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, es una prestación social, y que dado el carácter subsidiario y residual de la acción, la Tutela no es un medio idóneo para obtener el reconocimiento de tales prestaciones sociales” sino que es el juez ordinario laboral el llamado a pronunciarse sobre su reconocimiento.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan los documentos relevantes que fueron aportados como prueba:

a. Copia de la Resolución No. 01132 del 28 de abril de 2008 mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales resuelve el recurso de reposición interpuesto por la accionante. (Folios 21 y 22).

2. Expediente T-2’034.752

El señor Eleazar Tovar, mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del Instituto de Seguro Social, seccional Risaralda, por considerar que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez. Fundamenta su acción en los

siguientes

a. Hechos:

1.1. Señala que tiene 56 años de edad y que, el 13 de abril de 2004, la junta de calificación de invalidez competente determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 69.60%. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ante el ISS la pensión de invalidez, prestación que fue negada por no acreditar la fidelidad exigida en la Ley 860 de 2003.

1.2. Manifiesta que, inconforme con la decisión del Seguro Social, interpuso recurso de reposición que fue resuelto negativamente con el argumento de no tener las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, necesarias para acreditar la fidelidad, pues sólo tiene 32 semanas en los últimos 3 años. Considera que esta decisión lo deja en una grave situación de “indignidad indeseable e inaceptable en un estado social de derecho” teniendo en cuenta su estado de salud y que no cuenta con ingresos para sufragar sus gastos y los de su familia.

1.3. Aduce que las modificaciones a la Ley 100 vulneran las garantías constitucionales que venía disfrutando en materia de seguridad social, ya que si hubiera sufrido la invalidez antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, habría accedido sin problemas a la prestación reclamada.

1.4 Finaliza solicitando que se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene al Instituto de Seguro Social dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, y conceda la pensión de invalidez.

b. Contestación de la entidad accionada.

El instituto de Seguro Social, mediante oficio No. 2150 de mayo de 2008, dio respuesta a la acción de tutela manifestando que la entidad resolvió la solicitud pensional del accionante tanto en primera como en segunda instancia, quedando en firme el acto administrativo por agotamiento de la vía gubernativa.

II. DECISIONES JUDICIALES

a. Única instancia

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en sentencia del 4 de junio de 2008, negó la tutela de los derechos de la accionante. Consideró el despacho que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para resolver el caso objeto de estudio.

Señaló, además, que “es totalmente improcedente la acción de tutela interpuesta por don (sic) Elezar Tovar, si se tiene en cuenta que el departamento de Pensiones del I.S.S. de esta seccional no ha violado ningún derecho fundamental; además porque este no es el instrumento para demandar el reconocimiento y pago de una prestación económica, mucho menos la que tiene que ver con el reclamo de una contingencia que se encuentra en conflicto por interpretación normativa, dado el fundamento de la resolución que la niega y el antagónico criterio en que se basa la demanda de acción de tutela”.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan los documentos que fueron aportados como pruebas:

a. Copia de la Resolución No. 0205 de 2007 mediante la cual el Seguro Social niega la pensión de invalidez. (Folio 23).

a. Copia de la Resolución No. 01355 de agosto 21 de 2007 mediante la cual el Seguro Social resuelve el recurso de reposición interpuesto por el accionante. (Folios 24 al 26).

b. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del accionante. (Folio 22).

3. Expediente T-2'043.427

I. ANTECEDENTES

El señor William de Jesús Díaz Acevedo, mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del Instituto de Seguro Social, seccional Risaralda, por considerar que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la salud, a la igualdad y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez. Fundamenta su acción en los siguientes

a. Hechos:

1.1. Señala el actor que tiene 71 años de edad y que se encuentra afiliado al Seguro Social como cotizante independiente desde septiembre de 1998. Expresa que de acuerdo con una certificación expedida por el Seguro Social, ha cotizado 437 semanas, de las cuales 150 se cotizaron dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

1.2. Manifiesta que el Seguro Social determinó que tenía un 51.58% de invalidez permanente parcial y diagnosticó “GENU ARTROSIS BILATERAL DE RODILLAS, HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL MODERADA, MANO DE PREDICADOR Y DIABETES MELLITUS TIPO II”. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ante la entidad la pensión de invalidez, prestación que fue negada mediante Resolución No. 005918 del 29 de febrero de 2008 por no acreditar la fidelidad al sistema exigido por la Ley 860 de 2003.

1.3. Inconforme con la decisión, interpuso los recursos de ley para solicitar la inaplicación de la Ley 860 por ser más gravosa para su situación, recursos que hasta la fecha de presentación de la demanda – dice – no habían sido resueltos por el Seguro Social.

1.4. Expone que es una persona de edad avanzada, que tiene a su cargo a su esposa, también mayor de edad, y que es él quien responde por la manutención de su familia y que actualmente no cuenta con ingresos que le permitan garantizar su mínimo vital, razón por la que requiere de manera urgente la pensión de invalidez.

b. Contestación de la entidad accionada.

El Instituto de Seguro Social guardó silencio durante el término de traslado de la demanda.

II. DECISIONES JUDICIALES

a. Única instancia

El Juzgado Décimo Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del 16 de junio de 2008, negó la tutela de los derechos de la accionante. Consideró el despacho que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para reclamar el derecho prestacional.

En la sentencia, el despacho señaló que “como la parte accionante dispone de otros medios legales para reclamar lo que se solicita mediante la presente acción de tutela, como lo es el

procedimiento ordinario establecido en la legislación laboral y como no se está frente a una situación de urgencia que le genere a la (sic) accionante un perjuicio irreparable, o por lo menos no se probó así al Despacho, presupuestos exigidos por el art. 8º del Decreto 2591 de 1.991 para que proceda la tutela como mecanismo transitorio aunque el afectado cuente con otro medio de defensa, habrá de denegarse la tutela impetrada por el señor William de Jesús Díaz Acevedo”.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan los documentos relevantes que fueron aportados como pruebas:

- a. Fotocopias de los comprobantes de pago de aportes como trabajador independiente (folios 13 al 85).
- b. Copia de la Resolución No. 05918 de febrero 29 de 2008 mediante la cual el Seguro Social niega la pensión de invalidez (folios 88 y 89).
- c. Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 05918 de 2008 (folios 90 y 91).

4. Expediente T-2'043.925

I. ANTECEDENTES

El señor Juan Carlos Arredondo García, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A., por considerar que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la salud, a la igualdad y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez. Fundamenta su acción en los siguientes

a. Hechos:

1.1. Señala que se afilió al fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el 18 de marzo de 2005. Que en el mes de noviembre de 2006, consultó al médico por presentar dolores

lumbares, razón por la que le realizaron un examen denominado EMG, “que fue reportado como anormal, compatible con polineuropatía axonal motora y sensitiva de miembros inferiores”.

1.2. Manifiesta que el 31 de enero de 2007 le practicaron una resonancia magnética de columna lumbosacra con contraste, “en el que según el concepto se encontró una lesión expansiva que esta ocupando todo el canal raquídeo lumbar, desde la altura de la unión vertebral L2 L3 hasta la altura del cuerpo vertebral S2, con señal de alta intensidad en T2 baja T1, teniéndose que en esta región los tumores mas frecuentes son los ependimomas de tipo papilar” Además, que “el 16 de agosto de 2007, se da la orden de hospitalización por ependimoma lumbar y soy intervenido quirúrgicamente el 21 de agosto de 2007 con el siguiente procedimiento: Laminoplastía lumbar L3-L5 + resección tumoral + duroplastía con injerto”.

1.3. Expresa que después de la cirugía asistió a control con el neurocirujano, que le indica “una evolución buena, una micción controlada mas con incontinencia incremento de fuerza en MSIS, a esa fecha me traslado en muletas y presento debilidad para la dorsiflexión de pies, a más de que mi pie derecho se encuentra caído”. Como consecuencia de lo anterior, señala que Protección S.A., remitió su caso a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. con la finalidad de establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, notificándole el 30 de octubre de 2007 que el porcentaje era del 65.45% y como fecha de estructuración se señaló el 31 de enero de 2007.

1.4. Manifiesta el actor que con base en el anterior dictamen, solicitó a Protección S.A. la pensión de invalidez, entidad que mediante oficio de fecha 14 de diciembre de 2007 negó el reconocimiento de la prestación por no cumplir con el requisito de la fidelidad al sistema. Además, alega que del 18 de marzo de 2005 a diciembre de 2007 ha cotizado 78.25 semanas y que al 31 de enero de 2007, fecha de estructuración de la invalidez, solo tenía 40 semanas cotizadas.

1.5. Expone que es una persona de tan solo “25 años de edad, me encuentro inválido, no soy apto ni en el campo laboral, ni el campo familiar pues poseo una deficiencia de 36.5%, me es imposible poder desempeñar labor alguna”. Además que tiene a su cargo a su esposa y a su pequeña hija, que vive en la casa de la madre de su esposa y que su padre le colabora con

algunos gastos personales y alimentos. Señala que confió ciegamente en el derecho a la pensión de invalidez y que desconoce y se le dificulta realizar algún trámite judicial, que es casado y no cuenta con otro ingreso que le permita “mitigar en algo las necesidades que posee toda persona normal, a esto súmele que debo permanecer con pañal, es decir, un gasto diario y continuo, psicológicamente me encuentro muy mal, mi relación de pareja va de mal en peor toda vez que me altero con mucha facilidad al verme en la condición que estoy”.

1.6. Por último, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene al Fondo de Pensiones Protección S.A., tenga en cuenta la fecha de la cirugía (21 de agosto de 2007) o la última valoración del neurocirujano (8 Septiembre de 2007) como fecha de estructuración de la invalidez, con la finalidad de que se reconozca y se cancele la pensión de invalidez.

Igualmente, solicita que en caso de no ser modificada la fecha de estructuración de la invalidez, se ordene a Protección S.A. que aplique el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

b. Contestación de la entidad accionada.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dentro del término legal dio respuesta a la tutela. Manifestó la entidad accionada que es “imposible jurídicamente modificar, cambiar o corregir la fecha de estructuración del estado de invalidez determinado por el Centro Para lo Trabajadores de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., toda vez que, esa entidad con la cual Protección S.A. tiene contratado este servicio de evaluación médico laboral, es precisamente especializada en dicho tema, con base en los parámetros dictados por el Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 917 de 1999), y mal haría Protección S.A. siendo un administrador de fondos de pensiones o el Despacho, al modificar tal fecha sin contar con los argumentos médicos y laborales suficientes para tomar tal decisión”.

Agrega que “si el accionante no está conforme con la calificación y la estructuración dictada por el CPT de Suramericana, bien pudo el mismo haber apelado en debida forma dicha decisión. No obstante, y si la inconformidad persiste, podrá el mismo demandar la calificación ante la respectiva jurisdicción ordinaria laboral, donde este asunto se ventilará formalmente”.

II. DECISIONES JUDICIALES

a. Primera instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Calima El Darién, Valle, en sentencia del 27 de mayo de 2008, negó el amparo de los derechos solicitados por el accionante. Consideró el despacho que no había vulneración alguna de los derechos invocados y que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para procurar la modificación de la fecha de estructuración de su invalidez.

En la sentencia, señaló que “no puede el despacho desde ningún punto de vista desconocer, pues así se ha demostrado, la grave situación por la que atraviesa no solo el accionante sino su grupo familiar, pues dada su grave discapacidad, se encuentra actualmente sin la posibilidad de obtener unos ingresos, así sean mínimos que le permitan solventar e3n algo sus necesidades así como las de su esposa y menor hija (...) Pero igualmente tampoco puede desconocerse, que la inaplicación de la Ley 860 de 2003 para dar aplicación a ese artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, por ser más flexibles para la concesión de la pensión por invalidez, no opera, cuando la persona como en el caso del accionante, jamás cotizó bajo el régimen de esa Ley 100, puesto que como quedó establecido, empezó a cotizar en el año 2005, cuando se encontraba en vigencia la ley 860, y por ende, ante esta circunstancia, no es dable inaplicar el artículo 1 de esta Ley, puesto que el accionante no tenía esa expectativa de pensionarse conforme a los requisitos del artículo 39 de la Ley 100, puesto que siempre estuvo protegido por los requisitos de la Ley 860 y como consecuencia de no reunirlos para acceder a su pensión por invalidez, no por ello se afectan por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección sus derechos fundamentales, quienes amparados legalmente en el cumplimiento de esos requisitos determinaron que el accionante solo cumplía con 40 semanas de cotización, cuando debía cumplir con 50 semanas”.

b. Segunda instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga, en sentencia del 7 de julio de 2008, confirmó la decisión del a quo por considerar que no es procedente la inaplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 203 toda vez que la vinculación laboral del actor data del 18 de marzo de 2005,

fecha en la cual dicha norma se encontraba vigente. En el mismo fallo, agrega que “la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para dirimir este tipo de controversias, ante la existencia de mecanismos de defensa idóneos, como lo es para el caso la jurisdicción ordinaria laboral escenario en el cual conforme al debido proceso y formas propias de dichos juicios, podrá deprecar la protección de sus derechos”.

III. PRUEBAS

A continuación se relacionan los documentos relevantes que fueron aportados como pruebas:

- a. Fotografías que demuestran el estado del accionante (folios 12 y 13).
- b. Fotocopia del registro civil de matrimonio (folio 14).
- c. Fotocopia del registro civil de nacimiento (folio 15).
- d. Fotocopia de citación para calificar pérdida de la capacidad laboral, emitida por la jefe de medicina del trabajo de Servicio Occidental de Salud (folio16).
- e. Fotocopia de la historia clínica del accionante (folios 18 a 27).
- f. Fotocopia del dictamen de pérdida de capacidad laboral, notificado por la jefe del departamento de beneficios y pensiones de Protección S.A. (folios 28 al 35).
- g. Fotocopia de la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez (folios 36 y 37).
- h. Fotocopia de los comprobantes de pago de planilla única y de la autoliquidación de aportes (folios 38 al 101).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia proferidos en el trámite de los procesos de la referencia, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta

Política.

2. Problema jurídico

En la presente ocasión, corresponde determinar a la Sala si las entidades accionadas – Instituto de Seguros Sociales y Protección S.A. – vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes a la vida, a la salud, a la igualdad, y a la seguridad social, al negar las pensiones de invalidez solicitadas con fundamento en normas que, si bien estaban vigentes al momento en que se estructuraron los estados de invalidez, contemplan requisitos más exigentes para el reconocimiento de dicha prestación en comparación con la Ley 100 de 1993, en su redacción original.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala empezará reiterando (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata del reconocimiento y pago de pensiones; (ii) el derecho a la pensión de invalidez; (iii) la inaplicación de los requisitos introducidos por la ley 860 de 2003 por desconocimiento del principio de progresividad de los derechos sociales y (iv) las consecuencias de la mora del empleador en el pago de aportes pensionales, y con base en esta doctrina, se pasará a resolver el problema de fondo anteriormente expuesto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela fue consagrada como un medio subsidiario de defensa¹ y procede cuando no existe otro mecanismo judicial para la salvaguarda de un derecho fundamental.

Esta Corporación ha advertido en reiteradas oportunidades² que, en principio, la acción de tutela no procede en materia de reconocimiento de pensiones. Ello, porque existen otros medios de defensa judicial y porque el derecho a obtener una pensión no puede ser considerado como fundamental debido a que su eficacia depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señalados en la ley. De hecho, la jurisprudencia constitucional tiene bien establecido que el derecho al reconocimiento de la pensión, que hace parte del núcleo esencial del derecho a la seguridad social, tiene el carácter de programático por cuanto su reconocimiento no sólo está sometido al desarrollo prestacional y organizacional del Estado, sino al cumplimiento de condiciones que, para el caso concreto, debe cumplir el trabajador.

No obstante, la Corte Constitucional³ también ha sido unánime en sostener que, en situaciones excepcionales, el derecho al reconocimiento a la pensión de invalidez puede ser reconocido por vía de tutela, puesto que este medio procesal constitucional puede resultar el único instrumento idóneo para proteger al titular del derecho que se encuentra en la especial situación de protección y, de igual modo, porque se pretende la protección de un derecho que, por las circunstancias del caso concreto, adquiere el carácter de fundamental.

En este sentido, se ha considerado que el derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. Así, la acción de tutela procede en aquellos casos en los que la omisión de pago o de reconocimiento de este derecho prestacional pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona que, además, por su condición de discapacitada, requiere la especial protección y salvaguarda del Estado. Al respecto, la Corte ha manifestado:

“Cuando la autoridad pública o el particular encargado de prestar los servicios inherentes a la seguridad social la vulneran, al privar arbitrariamente a una persona de la pensión de invalidez que le permite su digna subsistencia, están sometidos a la jurisdicción constitucional en cuanto amenazan de manera directa derechos constitucionales, por lo cual la controversia acerca de la correspondiente protección judicial no debe darse en el plano de la ley sino en el nivel superior de la normatividad fundamental. De allí que tenga validez en tales casos la acción de tutela, si falta un mecanismo ordinario con suficiente aptitud y eficacia para imponer de manera inmediata el debido respeto a los preceptos constitucionales.”⁴

Así las cosas, es razonable deducir que someter a un litigio laboral – con las demoras y complejidades propias de los procesos ordinarios – a una persona con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder al trabajo y, por ende, a la fuente de ingreso, resulta desproporcionadamente gravoso porque le ocasiona perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar y se le disminuye su calidad de vida. Por esta razón, la Corte ha concedido en múltiples oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, definitiva⁵ o transitoriamente⁶, de personas cuyos derechos a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por omisiones atribuibles a las entidades demandadas.

Por consiguiente, aunque el derecho a la pensión de invalidez no es en sí mismo un derecho fundamental tal y como se ha expresado, puede adquirir dicho carácter por su conexidad con otros derechos que sí lo son. En este sentido, ha explicado la Corte:

“La pensión de invalidez es un derecho de creación legal que deriva directamente de la Constitución (art. 25, 48 y 53), con el cual se “busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental es su condición de esenciales e irrenunciables”⁷. En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ ha señalado que este derecho, que en principio es subjetivo ordinario, puede adquirir el rango de fundamental sólo en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos que ostenten el carácter de fundamentales. La Corte así lo explica:

“El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social.” Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales”.⁹

En conclusión, en casos de afectación del mínimo vital del aspirante a pensionado o en situaciones de desprotección grave de las condiciones de vida digna del inválido, la acción de tutela resulta procedente para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

4. Pensión de Invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con la amplia facultad de configuración legislativa que el artículo 48 de la Constitución Política otorga al legislador, éste aprobó la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, que procura realizar y conciliar los principios mencionados en el acápite precedente¹⁰, a través de la regulación de los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales.

Dentro del sistema general de seguridad social en pensiones, el legislador consagró la pensión de invalidez¹¹ con el fin de garantizar a las personas que han perdido su capacidad laboral, en la proporción que la ley establece, el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades vitales¹². Dicha prestación, al brindar especial protección a las personas disminuidas físicamente, permite la realización del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Esta Corporación, en diferentes pronunciamientos, ha destacado el estrecho vínculo que existe entre la pensión de invalidez y los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna de las personas. En efecto, en sentencia T-619 de 1995¹³, se sostuvo lo siguiente:

“[E]l derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 48 en cuanto le impone como deber el de garantizar a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social.”

Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales”.

Ahora bien, la pensión de invalidez por riesgo común se encuentra regulada en los artículos

38 y siguientes de la Ley 100 de 1993. Según la norma, una persona inválida es aquella “que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. El estado de invalidez es declarado por una Junta Regional, en primera instancia, y por la Junta Nacional, en segunda, ajenas a la entidad prestadora, designadas de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional¹⁴.

Los requisitos para acceder a la pensión estaban consignados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Este artículo en su versión original disponía que el acceso a la pensión se sujetaba a la calificación de la situación de invalidez aunada al cumplimiento de uno de dos requisitos: a) Que el afiliado se encontrase cotizando al régimen y hubiese cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Por virtud de la reforma introducida por la Ley 860 de 2003, los anteriores requisitos se tornaron más estrictos, de suerte que, además de la calificación del estado de invalidez, se exige que la persona haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez 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.

5. Inaplicación de los requisitos para obtener la pensión de invalidez contemplados en la Ley 860 de 2003 por desconocimiento del principio de no regresividad

En diversas oportunidades¹⁵ esta Corporación ha sostenido frente a la controversia jurídica generada por el tránsito de las normas sobre requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y su compatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales, que “si bien el constituyente le confirió la facultad al Congreso para que se encargara de la regulación de la seguridad social, lo cual se materializó con la expedición de la Ley 100 de 1993, esta libertad de configuración no es absoluta, pues se encuentra limitada, de manera general, por requisitos formales de trámite y otros sustanciales que responden a los

principios fundamentales del Estado Social de Derecho¹⁶, y, específicamente, según las disposiciones de carácter internacional y el artículo 48 de la Carta desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, por el principio de progresividad.”¹⁷ En este contexto, y en cumplimiento del principio de progresividad, el Congreso deberá establecer condiciones mínimas que no pueden ser desmejoradas y hacer efectiva la ampliación de los beneficios y la creación de garantías más favorables para la población, al momento de reconocer y fijar las condiciones de los derechos, beneficios y prestaciones de la seguridad social.¹⁸

Ahora, teniendo en cuenta que la pensión de invalidez fue diseñada por el legislador como un instrumento de apoyo y un medio de subsistencia para aquellos trabajadores que, por circunstancias ajenas a su voluntad, pierden su capacidad laboral y, con ella, la posibilidad de desarrollar el trabajo como medio para proveer sus propias necesidades y las de su familia, esta Corporación ha señalado que “las reformas legales al régimen en comento han estado dirigidas a imponer requisitos más rigurosos para acceder la prestación económica. En especial, estas medidas han previsto (i) un aumento en la densidad de cotización, que privilegia un mayor número de semanas cotizadas en el periodo anterior a la estructuración de la invalidez; y (ii) la incorporación de un nuevo requisito, relativo a la fidelidad mínima al sistema de seguridad social en salud, el cual otorga un nivel de protección más favorable a aquellos trabajadores que han cotizado continuamente, desde el inicio de su vida laboral¹⁹”.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que el aumento en los requisitos para acceder a estas prestaciones sociales, en especial a la pensión de invalidez, es una medida *prima facie* regresiva y por consiguiente, contraria al principio de progresividad²⁰.

Este principio, implica para el Estado el deber de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, al mismo tiempo, genera una prohibición general de establecer medidas regresivas en desconocimiento de los beneficios que se hayan logrado a favor de los asociados²¹. Así lo ha establecido en reiteradas oportunidades esta Corporación:

“(…) existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos

derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad²²²³.

Así pues, en presencia de leyes regresivas en materia de seguridad social en pensiones, esta Corte ha dicho²⁴ que, la carga de la prueba sobre la validez constitucional de la norma se invierte, pues, contrario a la regla general en la que la ley se presume constitucional, en estos casos corresponde al gobierno demostrar: i) las razones suficientes que explican y justifican constitucionalmente la regresión y, ii) que la norma restrictiva es razonable y proporcional en los casos concretos. La sentencia T-043 de 2007²⁵, explicó claramente esta conclusión:

“como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que en la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se establecía el acceso a esta prestación para quienes acreditaran una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y que, a su vez, se encontraran en alguno de los siguientes eventos: (i) estuvieren cotizando al régimen y tuvieran aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; o (ii) hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaran aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de

invalidez.

Esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que (i) fijó el porcentaje de fidelidad al sistema en un 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; (ii) extendió ese requisito al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo; y (iii) estipuló que en caso que el afiliado acreditara al menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, para obtener la pensión de invalidez sólo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos tres años.

Con relación a la reforma incluida por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en anteriores oportunidades,²⁶ esta Corporación ha señalado que existe regresividad en la aplicación de este artículo para efectos de acceder a la pensión de invalidez, ya que se exigen requisitos anteriormente no contemplados por la ley y al mismo tiempo, los hace más estrictos, como ocurre con las condiciones de fidelidad al sistema y el aumento de las semanas de cotización.

En efecto, es necesario aclarar que estas nuevas exigencias son consideradas como un retroceso en materia de pensiones, frente a las personas que se afiliaron al sistema con anterioridad a la vigencia de la Ley 860, en la medida en que, para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 sólo exigía la calificación de inválido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez.

Así, por ejemplo, en sentencia T-1291 de 2005²⁷, la Sala Novena de Revisión encontró que una mujer cabeza de familia, con pérdida de capacidad laboral del 69.05%, que podía acceder a la pensión de invalidez bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, ya no tenía ese derecho con la nueva normativa porque a pesar de que cotizó 162 semanas al sistema, no aportó 50 antes de la estructuración de la invalidez. Igualmente, en sentencia T-221 de 2006²⁸, la Sala Quinta de Revisión concluyó que el requisito de fidelidad al sistema resultaba grave y desproporcionadamente regresivo para el caso de una señora de 73 años con cáncer pulmonar, a quien se le negó la pensión de invalidez porque no contaba con ese requisito que exigía haber empezado a cotizar al sistema antes de los 60 años. En el mismo sentido, la sentencia T-043 de 2007²⁹, encontró demostrada la regresividad de la Ley 860 de 2003 para

el caso de varias personas (resolvió procesos acumulados) que contaban con más de 26 semanas y menos de 50 semanas cotizadas antes de la estructuración de la invalidez, por lo que la aplicación de los requisitos establecidos en la nueva normativa resultaba incompatible con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales.

Es de precisar que en todos los casos citados, los accionantes se encontraban vinculados al sistema desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, por lo que la regresión para estas personas es palpable.

En todo caso, el estudio de si el tránsito normativo es regresivo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales y si resulta o no justificado constitucionalmente, corresponde al juez de tutela en el análisis del caso concreto, por lo que las circunstancias fácticas y lo demostrado en el proceso determinan el éxito o no de las pretensiones de amparo constitucional.

6. Mora u omisión en el pago de aportes y cotizaciones pensionales por parte del empleador. Sus efectos no son imputables al trabajador. 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, ya que del pago oportuno que se haga de los mismos depende directamente el reconocimiento de la pensión, en caso de que el trabajador reúna los requisitos legales.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación ha señalado que las entidades administradoras de pensiones no pueden negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho con el argumento del incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad e imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder³⁰. En efecto, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, que forma parte de las normas sobre el Sistema General de Pensiones, establece:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya

autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

En armonía con lo anterior, esta Corporación en la sentencia T-553 de 1998³¹ sostuvo sobre el incumplimiento patronal en el pago de aportes, lo siguiente:

“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”.

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes pueda afectar directamente 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 del régimen de salud cobren dichos aportes y sancionen su pago extemporáneo, como medio para corregir el funcionamiento del sistema de seguridad social integral y no desproteger al afiliado³². Así, los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993³³ 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 cobro³⁴.

De lo expuesto es claro entonces que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la tarea de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales para solventar las situaciones en mora y las faculta 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 Corporación³⁵ 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, las empresas tampoco pueden hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades responsables, al trabajador se le hicieron o se le han debido hacer las deducciones mensuales respectivas, por lo cual se encuentra ajeno a dicha situación de mora.

Hechas las anteriores precisiones pasa esta Sala a estudiar los casos concretos puestos a consideración. En esta ocasión, los accionantes solicitan el reconocimiento de la pensión de invalidez, por considerar que cumplen con los requisitos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 en su versión original y, además, aducen que la aplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, vulnera sus derechos a la seguridad social, la vida, al mínimo vital y a la igualdad. Ahora bien, atendiendo las circunstancias propias de cada situación, frente a la existencia de un perjuicio irremediable y en caso de no existir duda sobre el retroceso que conlleva la aplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, se concederá la tutela, de acuerdo con el precedente jurisprudencial expuesto en párrafos anteriores.

7. Casos concretos

1. Expediente T-2'020.313.

De acuerdo con lo expuesto por la accionante Rosa María Collazos y de los documentos obrantes en el expediente, se tiene que la tutelante en la actualidad tiene 57 años de edad y le fue dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 65.12% con fecha de estructuración 16 de junio de 2006. La solicitud de pensión de invalidez elevada ante el Seguro Social, seccional Cauca, fue negada porque la actora no cumple con las 50 semanas exigidas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración toda vez que de acuerdo con su historia

laboral, se encuentran acreditadas un total de 524 semanas pero ninguna se cotizó dentro del término exigido por la ley.

En primer lugar, de la Resolución No. 1132 del 28 de abril de 2008, mediante la cual el ISS confirma la decisión de negar la pensión de invalidez, se advierte que “la asegurada cotizó según la historia tradicional 10 de septiembre de 1.991 al 31 de diciembre de 1.994 1.209 días y según el certificado de autoliquidación la asegurada acredita con diferentes patronales 2737 hasta el 30 de enero de 2003” sumando un total de 524 semanas cotizadas.

Ahora, en la misma resolución se puede apreciar que la señora Collazos fue retirada del Sistema General de Seguridad Social en enero de 2003 y nuevamente afiliada en mayo del mismo año³⁶. Sin embargo, la entidad accionada reconoce que a partir de mayo el patrono no realizó los aportes correspondientes, razón por la cual el área encargada adelanta las acciones correspondientes al cobro coactivo de dichos períodos.

Sobre esta última anotación, llama la atención de la Sala que, aunque el Seguro Social reconoce la mora patronal en el pago de los aportes y, además admite estar realizando las gestiones correspondientes para el cobro coactivo, niega el reconocimiento de la prestación solicitada por que la asegurada no cumple con las 50 semanas exigidas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad. Del mismo modo, se observa que aunque quedó establecido que el último empleador de la accionante (restaurante ‘Los Quingos’) no canceló los aportes a pensión, no hay claridad sobre el tiempo de servicio y los períodos en mora, para determinar si hay o no cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión.

En este sentido, si bien es cierto que el empleador está obligado a cancelar los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones – como ya se expuso en las consideraciones de la presente providencia – la ley también ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras cobren los aportes y sancionen su cancelación extemporánea, como medio para corregir el funcionamiento del sistema de seguridad social integral y de esta forma, no desproteger al afiliado.

Como se pudo observar, en el presente caso el Instituto de Seguros Sociales, como entidad administradora de pensiones, no empleó ninguno de los medios disponibles para lograr el pago efectivo de los aportes que debió cancelar el restaurante ‘Los Quingos’ como

empleador de la accionante Rosa María Collazos. Por consiguiente, como la mora patronal en el pago de los aportes destinados a pensión – se reitera – no constituye motivo suficiente para no conceder la prestación, amén de los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para que las entidades administradoras de pensiones cobren las cotizaciones respectivas, en este caso, era obligación del ISS adoptar una decisión teniendo en cuenta, además de las semanas efectivamente pagadas, aquellas que se generaron mientras la accionante estuvo vinculada al restaurante empleador, así estas no hubieran sido pagadas efectivamente.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, la Sala Sexta de Revisión concederá la tutela de los derechos de la señora Rosa María Collazos. Como consecuencia de lo anterior, dejará sin efectos la Resolución No. 1132 del 28 de abril de 2008, y ordenará al Instituto de Seguros Sociales expedir dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente tutela, un nuevo acto administrativo en el que tenga en cuenta la totalidad de semanas laboradas por la accionante, incluyendo las laboradas para el restaurante ‘Los Quingos’, así éstas no hubieran sido efectivamente pagadas al Instituto de Seguros Sociales por el empleador.

Igualmente, a fin de que la accionante pueda obtener la protección efectiva de sus derechos y, en caso de que así lo considere necesario, pueda interponer los recursos de ley, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales notificar personalmente la resolución que decida sobre el reconocimiento pensional y le entregue el escrito correspondiente.

2. Expediente T-2’034.752

De los hechos expuestos por el señor Eleazar Tovar se advierte que a sus 56 años fue calificado con un 69.60% de invalidez y que padece de trombosis, diabetes e hipertensión. Señala también que su compañera permanente no trabaja debido a que se encarga de sus cuidados. Igualmente manifiesta que al solicitar su pensión de invalidez ante el Seguro Social, le fue negada por no acreditar la fidelidad exigida por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, ya que su historia laboral sólo arroja 32 semanas cotizadas.

En el presente caso, advierte la Sala que en la Resolución No. 1355 de agosto 21 de 2007, mediante la cual el ISS resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 205 de enero 22 de 2007, se manifiesta lo siguiente:

“Que en atención a los argumentos planteados por el recurrente, analizada la normatividad aplicable al caso concreto, y revisada nuevamente la Historia Laboral que reposa en el expediente, se logró establecer que el señor ELEAZAR TOVAR en total acredita 32 semanas, de las cuales cotizó 32 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de declaratoria de la invalidez y la última cotización se efectuó 13 de abril de 2004, estableciéndose que no cumple con el 20% de fidelidad al Sistema General de Pensiones.” (Subraya fuera de texto).

De la anterior transcripción se observa que el Seguro Social reconoce la fecha en que se canceló el último aporte a seguridad social por parte del afiliado – el 13 de abril de 2004 – la cual coincide con la fecha fijada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima como estructuración del estado de invalidez.

Ahora, si bien en la resolución se señala que en la historia laboral del accionante sólo figuran 32 semanas cotizadas, estas semanas equivalen aproximadamente a un período de 8 meses de afiliación al sistema, situación que le permite a esta Sala deducir que los aportes empezaron a realizarse en el mes de agosto de 2003, antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 (26 de diciembre de 2003).

En virtud de lo anterior y estando demostrada la existencia de un perjuicio irremediable que afecta el mínimo vital del accionante, la Sala considera que la aplicación del requisito de fidelidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 desconoce, en el caso concreto, el principio de progresividad inherente a los derechos prestacionales, pues el peticionario ya estaba vinculado al sistema cuando entró a regir la ley más estricta. Sin embargo, para que las pretensiones del actor puedan acogerse, es necesario verificar si el señor Eleazar Tovar cumple con los requisitos exigidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

El artículo 39 de la Ley 100 en su versión original dispone:

“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (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 veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se

produzca el estado de invalidez.

“PARÁGRAFO. 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”.

Al observar la norma transcrita se advierte que el accionante cumple con los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993. En primer lugar se encontraba afiliado al momento de producirse la invalidez, cuenta con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y finalmente de acuerdo con el reporte del ISS, supera en número las 26 semanas mínimas exigidas por la ley 100 de 1993.

En ese sentido, esta Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, de fecha 4 de junio de 2008 y en su defecto, tutelaré los derechos a la vida, al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social invocados por el señor Eleazar Tovar.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará al ISS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del accionante Eleazar Tovar con base en el régimen consagrado en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original.

3. Expediente T-2'043.427

De los hechos referidos por el señor William de Jesús Díaz Acevedo y de las pruebas obrantes en el expediente puede observarse que el actor tiene 71 años de edad, padece de “GENU ARTROSIS BILATERAL DE RODILLAS, HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL MODERADA, MANO DE PREDICADOR Y DIABETES MELLITUS TIPO II” enfermedad que le produjo una pérdida de capacidad laboral en un 51.58%, estructurada el 17 de abril de 2007 y que cotizó como independiente al Seguro Social desde septiembre de 1998, razón por la que solicitó ante el ISS la pensión de invalidez. Esta entidad, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 negó el reconocimiento de la prestación solicitada, por considerar que no se dio cumplimiento a la fidelidad ya que acredita 434 semanas de las 517 exigidas por la norma.

Expresa el actor, que de acuerdo con una certificación expedida por el Seguro Social, ha cotizado 437 semanas, de las cuales 150 se cotizaron dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de la estructuración del estado de invalidez. Alega además, que es una persona de edad avanzada, que tiene a su cargo a su esposa, también mayor de edad, y que es él

quien responde por la manutención de su familia y que actualmente no cuenta con ingresos que le permitan garantizar su mínimo vital, razón por la que requiere de manera urgente la pensión de invalidez.

En primer lugar, para establecer la procedencia de la tutela y determinar si existe un perjuicio irremediable que afecte el mínimo vital del accionante, considera esta Sala necesario resaltar las especiales condiciones del peticionario. En este caso se trata de una persona de la tercera edad que, debido a su enfermedad, se encuentra incapacitada para su desempeño laboral. Adicionalmente, como lo manifiesta el accionante en su acción de tutela, no cuenta con recursos para solventar sus necesidades básicas y las de su familia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra acreditada la procedencia de la tutela y la existencia de un perjuicio irremediable, como quiera que aparece probado que la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez al actor atenta contra sus derechos fundamentales y los de su familia al mínimo vital y la vida digna, toda vez que dicha prestación se erige en la única fuente de ingresos con la que el accionante puede atender sus necesidades vitales y las de los miembros de su núcleo familiar y, además por su imposibilidad de realizar otra actividad laboral. Aspectos que hacen al actor una persona de especial protección constitucional.

De otro lado, se observa que el accionante empezó a cotizar desde el año de 1998, fecha en la cual no se habían modificado las condiciones para acceder a la pensión de invalidez. Por consiguiente, si no se hubiese modificado la condición para obtener la pensión de invalidez señalada en el artículo 39 de la Ley 100, el actor habría accedido a dicha prestación, ya que se requería que el afiliado hubiese cotizado al menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez y en el expediente se encuentra demostrado que el afiliado tiene 150 semanas.

De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la aplicación del requisito de fidelidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, desconoce en este caso el principio de progresividad inherente a los derechos que, como la Seguridad Social, son prestacionales.

Además, el no haberse señalado en la nueva ley un régimen de transición, afectó gravemente, en el caso concreto, los derechos fundamentales del actor. Por esta razón y ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida la Sala

inaplicará la disposición aludida, con la que se dio trámite a la solicitud de pensión del accionante.

Así, en virtud de la regresividad injustificada de la norma y el perjuicio que dicha regresividad irroga sobre los derechos del actor y su familia, la Sala considera que se tutelarán los derechos de la accionante inaplicando por inconstitucional el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y en consecuencia, ordenará al Instituto de Seguro Social dar aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original. Con base en tal precepto legal deberá la entidad accionada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconocer y cancelar la pensión de invalidez que corresponda a favor del señor William de Jesús Díaz Acevedo.

4. Expediente T-2'043.925

En el caso objeto de estudio, considera esta Sala que es necesario resaltar las especiales circunstancias que rodean al accionante Juan Carlos Arredondo García.

De los documentos obrantes en el expediente se puede apreciar que el actor tiene 26 años de edad, es casado y padre de una menor de 2 años de edad. Tiene una pérdida de capacidad laboral del 65.45%, como consecuencia de un tumor intramedular lumbar que lo mantiene en silla de ruedas y además, luego de la intervención quirúrgica practicada para extraer el tumor, padece de una incontinencia urinaria severa que lo obliga a usar pañales permanentemente.

Igualmente, quedó demostrado que no cuenta con recursos económicos propios para velar por su manutención y por la de su familia. Por el contrario, es su padre quien le colabora con los gastos de la menor y le suministra los pañales que debe usar y la madre de su esposa, es quien les brinda alojamiento en su vivienda.

Si bien es palpable la existencia de un perjuicio irremediable que afecta notoriamente el mínimo vital del actor y el de su núcleo familiar, no es menos cierto que el actor no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez que solicita, puesto que empezó a cotizar a partir del mes de marzo de 2005 y a la fecha de estructuración de invalidez – 31 de enero de 2007 – sólo cuenta con 40

semanas de las 50 exigidas.

Es necesario resaltar que, teniendo en cuenta la fecha en que el actor ingresó al Sistema General en Pensiones – marzo de 2005 –, el régimen aplicable al caso concreto es el señalado en la Ley 860 de 2003, la cual empezó a regir a partir del 26 de Diciembre de 2003 y no la Ley 100 de 1993 en su versión original. Por esta razón no existe la posibilidad de inaplicar, en este caso en particular, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, como lo solicita el accionante.

Ahora bien, la petición del accionante – dirigida a que se ordene al fondo de pensiones accionado que modifique la fecha de estructuración de la invalidez teniendo en cuenta la última valoración realizada por el neurocirujano el 8 de Septiembre de 2007, para de esta forma tener derecho a la pensión solicitada – genera una controversia de carácter legal que trasciende la competencia del juez constitucional, siendo la jurisdicción ordinaria la competente para resolver la situación del señor Arredondo García.

En este sentido y teniendo en cuenta lo analizado, esta Sala confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga, de fecha 7 de julio de 2008 que a su vez confirmó la decisión de primera instancia, negando la tutela de los derechos invocados por el señor Juan Carlos Arredondo García.

V. 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 Política,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 13 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil, Familia y Laboral, mediante la cual se confirma la decisión del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán que niega el amparo de los derechos invocados por la señora Rosa María Collazos.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales de la accionante Rosa María Collazos y, en consecuencia, dejar sin efectos la Resolución No. 1132 del 28 de abril de 2008, y ordenar al Instituto de Seguros Sociales expedir dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la

notificación de la presente tutela, un nuevo acto administrativo en el que tenga en cuenta la totalidad de semanas laboradas por la accionante, incluyendo las laboradas para el restaurante 'Los Quingos', así éstas no hubieran sido efectivamente pagadas al Instituto de Seguros Sociales por el empleador.

TERCERO.- REVOCAR la sentencia de fecha 4 de junio de 2008, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual se niega el amparo de los derechos invocados por el señor Eleazar Tovar.

CUARTO.- TUTELAR los derechos fundamentales del accionante y, en consecuencia, ordenará al ISS, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del accionante Eleazar Tovar con base en el régimen consagrado en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original.

QUINTO.- REVOCAR la sentencia de fecha 16 de junio de 2008, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Laboral del Circuito de Medellín, mediante la cual se niega el amparo de los derechos invocados por el señor William de Jesús Díaz Acevedo.

SEPTIMO.- CONFIRMAR la sentencia de fecha 7 de julio de 2008, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga, mediante la cual se confirma la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de Calima El Darién, Valle, que niega el amparo de los derechos invocados por el señor Juan Carlos Arredondo García.

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

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Artículo 86 de la Constitución Política.

2 Entre muchas otras, pueden verse las sentencias T-577 de 1999, T-143 de 1998, T-259 de 2003, T-771 de 2003, T-138 de 2005.

3 Sentencias T-860 de 2005, T-344 de 2005, T-043 de 2005, T-1251 de 2005, T-056 de 1994, T-888 de 2001, entre muchas otras.

4 Sentencia T-246 de 1996.

5 Sentencia T-860 de 2005, T-817 de 2001 y SU-1023 de 2001, entre otras.

6 Sentencia SU-1354 de 2000.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz

8 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-056/94, T-209/95, T-292/95, T-627/97.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

11 La Corte Constitucional ha definido la pensión de invalidez como “una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstas en la Carta Política”. Corte Constitucional, Sentencia T-951 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

12 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

14 La integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez se encuentran reglamentados por el Decreto 1346 de 1994.

15 Ver entre otras, las sentencias T-974 de 2005, MP: Jaime Araujo Rentería; T-1291 de 2005, MP: ; T-221 de 2006, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-699 A, de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-580 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto; y T-628 de 2007, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

16 Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001.

17 Corte Constitucional, T-699 A de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil.

18 En este sentido, se pronunció esta Corporación en la Sentencia T-221 de 2006 al referirse a la progresividad de la seguridad social, aspecto sobre el cual señaló que “ (...) implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.”

19 Sobre el tránsito normativo de la pensión de invalidez, ver entre otras la sentencia T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño.

20 Sentencia T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño.

21 Sentencia T-080 de 2008 MP. Rodrigo Escobar Gil.

22 Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Sentencia C-038 de 2004, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

24 Pueden verse, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-671 de 2002,

C-038 de 2004, T-1291 de 2005, T-221 de 2006 y T-043 de 2007.

25 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26 Ver entre otras, las sentencias T-974 de 2005, MP: Jaime Araujo Rentería; T-1291 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández ; T-221 de 2006, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-699 A, de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-580 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto; y T-628 de 2007, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

27 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

29 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

30 Ver Sentencia SU-430 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

31 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

32 Ver también sentencia T-205 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

33 Sobre el particular los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 disponen lo siguiente: “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. 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”. Y el artículo 24 estipula: “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”.

34 El artículo 5° del Decreto 2633 de 1994 establece lo siguiente: “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.”

35 Ver sentencias T-664 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería y T- 043 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

36 Sobre este punto, en la Resolución 1132 de abril de 2008 se indica lo siguiente: “(...) hasta el 30 de enero de 2003, fecha en la cual la señora COLLAZOS fue retirada de los sistemas de Pensiones, salud y Riesgos Profesionales, según novedad de RETIRO en los tres sistemas reportada en el mismo certificado. (...) Que según el Departamento de afiliación del ISS Seccional Cauca, establece que la asegurada a partir del mes de Mayo de 2003, se encuentra afiliada al Instituto de Seguro Social nuevamente al sistema de pensiones de ISS, sin embargo a partir de esta fecha no aparece aporte alguno, razón por la cual el Instituto de Seguros Sociales a través del área Financiera y del Área Jurídica adelanta las acciones correspondientes al cobro coactivo al empleador RESTAURANTE LOS QUINGOS POPAYAN”.