

T-382-98

Sentencia T-382/98

COSA JUZGADA EN TUTELA-Configuración

Para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada, que en materia de tutela implica también la imposibilidad de nueva decisión judicial sobre los asuntos que ya han sido sometidos al examen de los jueces, es necesario que se presente respecto de los procesos de los que se predica coincidencia la triple identidad de las partes, las pretensiones y los hechos.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Identidad de partes, hechos y pretensiones

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por demanda sindical y de trabajador

Una cosa es que el demandante lo sea el Sindicato, vocero de intereses colectivos, y otra que uno de los trabajadores actúe únicamente en cuanto se refiere a aspectos de su relación individual de trabajo y en busca de protección para sus propios derechos fundamentales. De modo que en la primera ocasión, el trabajador, en el caso de haber prosperado la tutela, sólo se vería beneficiado de manera indirecta, como afiliado al Sindicato y respecto de intereses colectivos no necesariamente idénticos a los suyos y bajo circunstancias genéricas, no específicamente las propias. No se olvide que la decisión judicial que se profiera a partir del ejercicio de una acción de tutela recae de manera específica sobre el caso concreto y tiene efectos sólo en ese caso.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Triple identidad

DERECHO A LA SALUD-Incumplimiento del empleador en trasladar recursos propios y del trabajador para seguridad social/DERECHOS DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Incumplimiento del empleador en trasladar recursos propios y del trabajador para seguridad social

La mora o la omisión del empleador en trasladar a las E.P.S. y demás entidades de seguridad social los aportes correspondientes -tanto en salud como en pensiones-, y la de cancelar sus propios aportes con idéntico destino, constituye indudablemente un atentado contra varios

derechos constitucionales, entre ellos la salud, la vida, el trabajo, los derechos de la persona de la tercera edad y, por supuesto, el derecho a la seguridad social, ya que el sistema requiere de recursos y sólo puede operar si los aportantes cumplen. Las deficiencias económicas de las entidades de seguridad social repercuten necesariamente, tarde o temprano, en enormes perjuicios para los afiliados y sus familias. Lo que pretende la cobertura en seguridad social es precisamente amparar a los trabajadores y beneficiarios en los daños o deterioros a los que está expuesta la salud y la vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Interrupción de servicios por mora patronal/EMPLEADOR-Asunción servicios médicos por no inscripción o giro oportuno de cotizaciones

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Asunción por EPS servicio de salud correspondiente al empleador lo que permite repetir

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad subsidiaria en protección de la salud del trabajador

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Protección del grupo familiar del trabajador por mora patronal

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Responsabilidad por no perseguir el pago efectivo de los aportes patronales

EMPLEADOR-Asunción pago de pensión por mora en aportes

DERECHO A LA SALUD-Amenaza por mora patronal en aportes a seguridad social

DERECHO A LA SALUD-Asunción del empleador por accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad profesional del trabajador

EMPLEADOR-Asunción atención médica por accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad profesional del trabajador

Referencia: Expediente T-161550. Acción de tutela incoada por Camilo Acevedo contra la sociedad "Mecanizados Y Motores S.A."

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá).

I. INFORMACION PRELIMINAR

El actor, CAMILO ACEVEDO, solicitó al juez de tutela el amparo constitucional de sus derechos a la salud y a la seguridad social, los cuales -a su juicio- han sido amenazados por la sociedad "MECANIZADOS y MOTORES S.A."

Señaló el demandante que desde hace varios años trabaja para la indicada empresa, cuyo objeto social es la "fabricación de partes para automotores como el ensamble del motor, la mecanización de disco, campana, velas, carter, etc.", actividades en las cuales se utilizan máquinas que generan "alto riesgo de accidentalidad y enfermedades profesionales".

Afirmó que la empresa demandada le ha venido descontando por nómina los aportes para la seguridad social, tanto en pensiones como en salud, y que se encuentra afiliado al Instituto de Seguros Sociales de Sogamoso por ambos conceptos.

Según el actor, la aludida sociedad no ha cancelado los aportes descontados ni la cuota que a ella le corresponde asumir; y también alegó que la empresa tampoco ha cancelado a la A.R.P. lo pertinente por riesgos profesionales.

Aseveró que, por falta de pago, ni a él ni a su familia los están atendiendo en la E.P.S. del I.S.S., y agregó que "esta situación la vengo soportando hace más de 4 meses, en cuanto las semanas cotizadas para poder acceder a la pensión se han visto traumatizadas por el no pago de la accionada por este concepto. (...) Al no estar protegido por la A.R.P. me encuentro en inminente peligro de sufrir lesiones físicas de incalculables consecuencias, teniendo en cuenta que laboro en la planta, sitio que es más propenso para los accidentes de trabajo y la adquisición de enfermedades profesionales".

En consecuencia, el demandante solicitó al juez de tutela que ordenara a “MECANIZADOS y MOTORES S.A.” realizar inmediatamente los pagos a la E.P.S., al Fondo de Pensiones del I.S.S., y a la A.R.P., con el fin de obtener el restablecimiento de los servicios que dichas entidades deben prestar a él y a su familia.

Mediante oficio presentado el 19 de febrero de 1998, la mencionada sociedad se opuso a las pretensiones de la demanda, puesto que -a su juicio- el caso ya había sido objeto de un anterior fallo, en virtud de una acción de tutela incoada por Néstor Emiro Piragauta, representante legal de Sintrauto Subdirectiva Duitama, en nombre de todos los trabajadores sindicalizados de la empresa, entre los cuales se encontraba el accionante. Dicho proceso se tramitó ante la Sala Dual Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, la cual negó el amparo por estimarlo improcedente. Aseveró el apoderado de “MECANIZADOS Y MOTORES S.A.” que en el asunto de la referencia había operado el fenómeno de la cosa juzgada.

El apoderado de la compañía recordó que el Tribunal Superior no había concedido la protección constitucional por cuanto se trataba de derechos de rango legal y porque existía otro medio de defensa judicial para lograr lo pretendido; tampoco se accedió a la tutela transitoria puesto que no encontró que pudiera generarse un perjuicio irremediable.

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REvisa

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo -Sala Civil, Familia y Laboral-, mediante fallo del 26 de febrero del año en curso, decidió negar el amparo, pues observó que, si bien es cierto la sociedad demandada ha omitido el pago de los aportes por concepto de salud y riesgos profesionales, ello ha obedecido a la situación de insolvencia en que ésta se encuentra a partir del embargo judicial decretado el 8 de septiembre de 1997.

Consideró además el Tribunal que en el asunto en cuestión no era procedente conceder la tutela, ni siquiera transitoria de los derechos invocados, ya que, de conformidad con los criterios expuestos por la jurisprudencia constitucional, no se estaba en presencia de un perjuicio irremediable, pues “la situación actual del accionante y la de su familia, porque no existe prueba en contrario y se deduce de las historias clínicas que reposan en el expediente, es la de que gozan de buena salud, y no requieren de inmediato la atención de la E.P.S. a la cual se afilió el accionante como trabajador de la empresa privada que ahora

demanda; no existe amenaza inminente a la salud y menos a su vida, que esté por suceder prontamente, que requiera de tratamiento urgente, sin posibilidad de aplazarlo. No es inminente la destrucción grave de un bien jurídico que torne en impostergable la protección inmediata del Estado”.

La decisión no fue impugnada por ninguna de las partes en el proceso.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo en referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Inexistencia del fenómeno de la cosa juzgada. Necesidad de la coincidencia de sujetos procesales, hechos y pretensiones entre dos procesos para que se configure. Exigencia de la actividad del juez. Improcedencia de la presunción de mala fe

Para probar su afirmación, la compañía aportó al proceso una copia de la providencia por medio de la cual dicho Tribunal negó la tutela. En ella se enunciaron los derechos invocados por el representante legal del Sindicato y se consignó un resumen de las pretensiones y de los hechos que originaron esa demanda (ver folios 42 y 43 del expediente).

En tal documento aparece que el representante del Sindicato estimó violados los derechos “a la igualdad, trabajo, integración de la familia, de los niños y adolescentes”.

Lo que buscaba la parte actora en ese proceso era la condena de la citada sociedad “al pago de primas extralegales y legales de todos los trabajadores, de los salarios al personal sindicalizado de las quincenas de mayo 30 y junio 15 de 1997, de la prima legal y extralegal de junio, las cesantías parciales, los auxilios educativos acordados en la Convención Colectiva y al pago de los daños y perjuicios ocasionados”. Además pedía que se requiriera a la compañía “para que no siguiera violentando tales derechos fundamentales”.

Entre los supuestos fácticos en que se fundó esa demanda se encontraban los siguientes:

“Que igualmente la sociedad en forma sistemática omite con su obligación de pagar los salarios, primas legales y extralegales, cesantías parciales oportunamente, lo mismo que los aportes al Instituto de Seguros Sociales, los impuestos fiscales, etc., causando de esta manera un perjuicio irremediable a los trabajadores, pues varios de éstos han tenido que retirar a sus hijos de los centros educativos” (se subraya)

Ahora bien, para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada, que en materia de tutela implica también la imposibilidad de nueva decisión judicial sobre los asuntos que ya han sido sometidos al examen de los jueces, es necesario que se presente respecto de los procesos de los que se predica coincidencia la triple identidad de las partes, las pretensiones y los hechos.

Respecto de las partes, no puede afirmarse que exista tal identidad, cuando las personas que instauran las acciones son diferentes, aunque podría el juez verificar en casos concretos si sujetos procesales interesados que ya fueron partes en el mismo asunto han acudido en la segunda oportunidad a la tutela por interpuesta persona para disimular su temeridad. En tales asuntos es evidente que se estaría actuando de modo fraudulento y con la pretensión de engañar a la administración de justicia, lo que implicaría no sólo la negación del amparo, al hacer el juez que prevaleciera la realidad sobre las apariencias, y al procurar el imperio de la cosa juzgada, sino la iniciación de las pertinentes investigaciones para sancionar la enunciada conducta.

Pero no se siguen esas consecuencias al no establecerse tan grave circunstancia sino apenas una coincidencia parcial de una misma persona en dos procesos distintos. Por ejemplo, cuando en un caso el individuo actúa en su propio nombre, y en el otro, sobre hechos y con pretensiones divergentes, aparece incluido dentro de un grupo mayor (asociación, sociedad, establecimiento educativo, sindicato, etc.), no puede arribarse desde el comienzo a la conclusión acerca de la existencia de identidad entre las partes, menos todavía si en uno de los procesos obra un ente dotado de personería jurídica, o si son dos personas jurídicas o naturales diferentes. Para desvelar en similares ocasiones lo ocurrido, el juez deberá escudriñar cuidadosamente la situación de cada sujeto procesal y de los respectivos juicios, y aun confrontar la parcial identidad subjetiva con los otros aludidos elementos de coincidencia exigidos para que se configure la cosa juzgada. El juez debe presumir la buena fe del actor y

sólo deducir la mala fe si logra probarla.

Desde luego, bien podría ocurrir que una persona jurídica obrara en un proceso contra el mismo demandado y en representación de los mismos intereses de una persona natural que hubiese incoado antes la misma acción, con idéntico propósito y por iguales motivos, o viceversa. Allí, no tanto por la identidad subjetiva (que sería parcial), sino por la concurrencia de los otros factores (hechos, parte demandada y pretensiones), la tutela debería negarse y entraría el juez a establecer si el sujeto activo aparecido en los dos procesos obró o no con conocimiento de causa y por tanto temerariamente.

En el caso de autos, aunque la empresa demandada es la misma, una cosa es que el demandante lo sea el Sindicato, vocero de intereses colectivos, y otra que uno de los trabajadores actúe únicamente en cuanto se refiere a aspectos de su relación individual de trabajo y en busca de protección para sus propios derechos fundamentales.

De modo que en la primera ocasión, el trabajador, en el caso de haber prosperado la tutela, sólo se vería beneficiado de manera indirecta, como afiliado al Sindicato y respecto de intereses colectivos no necesariamente idénticos a los suyos y bajo circunstancias genéricas, no específicamente las propias.

No se olvide que la decisión judicial que se profiera a partir del ejercicio de una acción de tutela recae de manera específica sobre el caso concreto y tiene efectos sólo en ese caso, como lo señala el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Por otra parte, las pretensiones de ambas demandas son diferentes, como puede apreciarse de la confrontación entre el libelo presentado por ACEVEDO y el resumen que hizo el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de las pretensiones del Presidente del nombrado Sindicato.

Por último, como se advirtió arriba, los hechos sí coinciden parcialmente, en la medida en que en ambos casos se hizo alusión al incumplimiento por parte de la empresa "MECANIZADOS y MOTORES S.A." en el pago de los aportes por concepto de seguridad social, pero con la importante diferencia de que en la demanda sindical la alusión a ese hecho era un mero dato concurrente con muchos otros, que no se reflejó en las pretensiones, ni tampoco en el fallo -no estaba planteado como causa petendi ni como solicitud al juez-

mientras que en la de CAMILO ACEVEDO influye directamente en la única pretensión del actor.

De todo lo anterior se deduce que el representante legal del Sindicato no estimó violados los mismos derechos que el demandante en el presente proceso, y que los propósitos o móviles de la demanda fueron diferentes, aunque haya existido una yuxtaposición parcial en la narración de los hechos que originaron ambas solicitudes de amparo.

Por ende, descartada la triple identidad a la cual se ha venido haciendo alusión, la Corte no encuentra que en este caso se haya configurado la cosa juzgada, ni tampoco que el accionante haya obrado de manera temeraria al incoar la demanda.

3. El incumplimiento por parte del empleador en lo relativo a traslado de los recursos descontados al trabajador para seguridad social y en lo referente a sus propios aportes con el mismo objeto atenta contra derechos del trabajador y de su familia

Una vez dilucidado el punto anterior, procede la Sala a determinar si el fallo adoptado por el juez de tutela estuvo o no ajustado a la Constitución.

Debe decirse en primer lugar que la mora o la omisión del empleador en trasladar a las E.P.S. y demás entidades de seguridad social los aportes correspondientes -tanto en salud como en pensiones-, y la de cancelar sus propios aportes con idéntico destino, constituye indudablemente un atentado contra varios derechos constitucionales, entre ellos la salud, la vida, el trabajo, los derechos de la persona de la tercera edad y, por supuesto, el derecho a la seguridad social, ya que el sistema requiere de recursos y sólo puede operar si los aportantes cumplen. Las deficiencias económicas de las entidades de seguridad social repercuten necesariamente, tarde o temprano, en enormes perjuicios para los afiliados y sus familias.

Lo que pretende la cobertura en seguridad social es precisamente amparar a los trabajadores y beneficiarios en los daños o deterioros a los que está expuesta la salud y la vida, y los riesgos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y vejez.

El mencionado tema ha sido tratado por esta Corte en múltiples fallos de tutela pues, aunque están de por medio principios constitucionales como los de trabajo, solidaridad (art. 1 C.P.) y

cumplimiento de los deberes, que siempre son correlativos a los derechos (art. 95 C.P.), los patronos incurren frecuentemente en la omisión que ha ocasionado la demanda en este caso (ver, por ejemplo, las sentencias T-406 y T-520 de 1993; T-83 de 1994; T-154A, T-158 y T-502A de 1995; T-72, T-103, T-171, T-202, T-334, T-364, T-398, T-451, T-606, T-669 de 1997), siendo entonces imperativo que una vez más sea reiterada la doctrina constitucional al respecto.

Es importante resaltar que en reciente sentencia de constitucionalidad la Sala Plena de la Corporación, bajo algunas condiciones que deben ser tenidas en cuenta en el presente caso, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual se establece la posibilidad de suspender la afiliación y el derecho a la atención del plan de salud obligatorio por el no pago de la cotización en el sistema contributivo. Al respecto, dijo la Corte:

“25- Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación,

Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo “podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año.” Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de

1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. Es cierto que todo el sistema de seguridad social está estructurado sobre la idea de que las entidades idóneas para satisfacer las prestaciones en salud son las EPS y las IPS. Y esa presunción es razonable, ya que la mayor parte de los patronos no tiene la competencia técnica ni la solvencia financiera para garantizar efectivamente a sus trabajadores las prestaciones sanitarias definidas por la ley. Sin embargo, no por ello la norma impugnada es contraria a la Carta, pues debe recordarse que el derecho a la salud es de amplia configuración legal, por lo cual debe reconocerse al Congreso la posibilidad de regular de distintas formas el acceso a la salud. En estos casos no procede un examen estricto de proporcionalidad pues la propia Constitución ha deferido a la ley la delimitación misma de gran parte del contenido del derecho. Por todo lo anterior, la Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

(...)

La interpretación conforme a la Carta de la norma acusada.

29- En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no

está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono.

30- Esto muestra pues que la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad sino en la propia Carta. En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal “aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio”¹ (artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

(...)

Decisión a tomar

33- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el primer segmento del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual “el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio” es claramente constitucional cuando se trata de la suspensión de servicios en caso de personas no vinculadas a través de relación laboral, esto es de pensionados, jubilados y trabajadores independientes, pues ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. Por el contrario, y como se ha visto en los anteriores fundamentos de esta sentencia, es necesario condicionar el alcance de esta norma a fin de adecuarla a la Carta, cuando se trata de trabajadores dependientes y a servidores del Estado, pues una aplicación literal puede transgredir los artículos 13, 49 y 83 de la

Constitución. Es por ello que se declarará la exequibilidad condicionada de ese aparte.

Así, y como se precisó en el fundamento 25, la suspensión de la afiliación resulta desproporcionada en estos casos. Por el contrario, la interrupción de los servicios de salud por la EPS es conforme con la Carta, pero con las precisiones efectuadas en los fundamentos 29 a 31 de esta sentencia, esto es, que el patrono asume la obligación primaria de prestar tales servicios al trabajador y a su grupo familiar y que subsiste una responsabilidad subsidiaria de la EPS en determinados eventos.

34- En relación con la parte final del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente que “por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase”, la Corte considera que es necesario también condicionar su constitucionalidad por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución sólo la atención básica de salud debe ser gratuita para todas las personas, por ende es razonable que el incumplimiento de una obligación pecuniaria en este campo origine las consecuencias económicas que le garanticen, a la entidad que debe responder por el servicio, la estabilidad y el equilibrio del sistema. Además, el artículo 365 de la Constitución dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, el cual debe leerse en concordancia con el artículo 2º de la Carta que dispone como fin de nuestro Estado la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. Por tal razón, si no existen serias consecuencias contra el empleador o el individuo que incumple, no se garantiza “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (CP art. 49). Finalmente, no debe olvidarse que el actual sistema de seguridad social en salud se diseñó para también favorecer a las personas sin capacidad de pago, pues a través del fondo de solidaridad se busca hacer efectivo el derecho a la salud de quienes objetivamente no pueden cotizar en el sistema. Por ende, si no existen mecanismos jurídicos que garanticen el pago efectivo de la cotización de quienes pueden hacerlo, se desconoce el deber ciudadano de solidaridad social que contempla el numeral 2º del artículo 95 constitucional. Por todo lo anterior, la Corte considera que en aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al patrono, entonces no existe ninguna razón para que se lo excluya del pago de intereses, pues ello constituye una invitación a eludir el pago de esas contribuciones parafiscales.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores independientes y pensionados, la Corte considera que es razonable el mandato según el cual durante el periodo de la suspensión, no se podrá causar deuda ni interés de ninguna clase. En efecto, en tales eventos, la suspensión de la afiliación constituye una consecuencia drástica para la persona afectada, por lo cual se justifica que se lo exima del pago de intereses, a fin de no hacer excesivamente gravosa su posterior vinculación al sistema de salud. Por ende, también se condicionará la exequibilidad de esta frase". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero)

En la parte resolutive de dicho Fallo se dispuso:

"Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en los casos en que se aplique a los afiliados al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo. En relación con los asalariados y servidores públicos, la norma es EXEQUIBLE pero en los términos señalados en los fundamentos 25, 29, 30, 31, 33 y 34 de esta sentencia".

En las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional al dirimir este tipo de conflictos, en los cuales resulta involucrado el patrono, en especial por su desidia o incumplimiento, se ha estimado que el objetivo primordial es la protección del trabajador, pues se tiene por sabido que éste en modo alguno debe asumir las consecuencias negativas de una omisión ajena, ya sea del empleador, de la E.P.S. o compartida entre ambos. La obligación de depositar los aportes que han sido descontados al trabajador está radicada en forma primigenia en el empleador, quien, por incumplir dicho deber, se convierte en acreedor de las sanciones legales (artículos 22, 23, 161 y 210 de la Ley 100 de 1993), según las cuales debe reconocer los intereses moratorios y asumir en su totalidad "la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP".

Ahora bien, como lo explica la sentencia de constitucionalidad antes citada, la responsabilidad generada en ese tipo de incumplimiento no es en todos los casos exclusiva del patrono, sino que muchas veces es compartida por la E.P.S., cuando ésta no ha puesto en funcionamiento los mecanismos que la ley dispone para lograr el pago efectivo de los aportes dejados de realizar por aquél, entre los cuales se encuentra la acción de cobro establecida en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En un caso similar al que ahora se decide, la Corte resolvió tutelar el derecho a la seguridad

social, dada su estrecha relación con los derechos a la salud y a la vida. La Sala Octava de Revisión afirmó lo siguiente:

“...estima la Sala que, en el caso sub examine, existe una estrecha relación de conexidad entre el derecho fundamental a la seguridad social y los derechos del mismo rango a la vida y la salud de los peticionarios, en virtud a que la conducta negligente del patrono afecta el núcleo esencial de los derechos a la salud y a la vida, por la imposibilidad de acceder al sistema de salud debida a la falta de las obligatorias transferencias de los aportes obrero patronales, los cuales fueron efectivamente deducidos de los salarios de los trabajadores, con lo cual se desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad de la seguridad social como manifestación concreta del estado social de derecho. En consecuencia, estima la Sala que es viable la acción de tutela para prevenir daños irremediables a los titulares del derecho a la seguridad social y a sus beneficiarios”. (Cfr. Sentencia T-202 del 18 de abril de 1997. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz)

En cuanto se refiere a la mora en el pago de los aportes para la pensión, esta Sala ha dicho, por su parte, que le corresponde al patrono, debido a su incumplimiento, asumir la carga pecuniaria del pago de las correspondientes mesadas:

“En ningún caso, pero menos todavía cuando se trata de personas de la tercera edad, podría sostenerse como compatible con los postulados constitucionales la conclusión según la cual una persona que, haya laborado durante el tiempo legalmente previsto, cumpliendo los demás requisitos señalados por el legislador, pueda quedar despojada de su pensión de jubilación de manera absoluta e inapelable por culpa de la negligencia o el incumplimiento de otro, en especial si ese otro es precisamente el patrono para quien laboraba.

Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que está obligado para los fines del cómputo del tiempo de cotización que configura el derecho de una persona a la pensión, debe asumir el pago de las mesadas pensionales en tanto, por dicha causa, la entidad de seguridad social se niegue a hacerlo.

Así, el patrono puede ser demandado por el trabajador con tal objeto, al amparo de claros preceptos constitucionales y legales” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-334 del 15 de julio de 1997).

Así las cosas, una vez determinado que no se puede abandonar al trabajador a su propia suerte en materia de seguridad social, debe la Sala detenerse a analizar cuál va a ser la orden que impartirá, de acuerdo con las particularidades del asunto objeto de juicio.

En el presente caso, aunque, como lo dijo el juez de instancia, no se demostró que el actor o algún miembro de su núcleo familiar padecieran actualmente de alguna enfermedad que requiriera atención médica y hospitalaria, de esa circunstancia no se puede deducir, como lo hizo el fallo revisado, la improcedencia de la tutela, ya que esa posibilidad procesal de defensa no necesariamente está circunscrita a los eventos de actual violación de derechos fundamentales. También el artículo 86 de la Constitución la contempló para las circunstancias en que ellos se vean amenazados.

Acerca de la amenaza de derechos fundamentales, como razón y fundamento de la tutela, ha manifestado esta Corte:

“...no puede perderse de vista que la Constitución Política, en su artículo 86, al consagrar los motivos por los cuales puede ejercerse acción de tutela, no se limita a prever hechos que impliquen violación de los derechos fundamentales sino que contempla la amenaza de los mismos como posibilidad cierta e inminente de un daño futuro susceptible de evitarse mediante la protección judicial.

Hallarse amenazado un derecho no es lo mismo que ser violado. La amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla.

La amenaza a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones: puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona respecto al ejercicio de aquel; a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho; o estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho; igualmente pueden corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo...” (Cfr. Corte Constitucional. Sala

Quinta de Revisión. Sentencia T-349 del 27 de agosto de 1993).

Vale la pena recalcar que no resulta justo que quien es precisamente la parte más débil de la relación contractual, esto es, el trabajador, sea a su vez la que deba asumir las consecuencias negativas del incumplimiento del empleador. Ello contraría los principios y derechos constitucionales.

En consecuencia, probado como está el ostensible retardo en la consignación de los dineros retenidos al trabajador para seguridad social y de las cuotas destinadas a la A.R.S. (Fls 17, 19 y 35), se condenará al patrono a asumir los gastos correspondientes a la atención de la salud del actor y de su familia; se le conminará a que efectúe en el término de cuarenta y ocho (48) horas los depósitos que hasta la fecha haya dejado de efectuar en favor del trabajador demandante, todo ello sin perjuicio de la orden dirigida al I.S.S. para que ponga en marcha los procedimientos que prevé la ley con el fin de que los aportes lleguen efectiva y oportunamente a su adecuado destino.

DECISION

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 la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por medio del cual se negó el amparo invocado por CAMILO ACEVEDO. En su lugar, se tutelan los derechos a la salud y a la vida en conexión con el derecho a la seguridad social.

En consecuencia, se ordena a la sociedad “MECANIZADOS y MOTORES S.A.” que, de conformidad con las anteriores consideraciones y lo dispuesto en la ley, asuma en su totalidad, y de manera inmediata, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad profesional del trabajador accionante. También deberá asumir la atención médica, quirúrgica, hospitalaria, terapéutica y de medicinas de los miembros de su familia que son beneficiarios de los servicios. Asimismo, se ordena a dicha empresa que realice, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la

notificación del presente fallo, todas las diligencias pertinentes para hacer el traslado efectivo de los aportes en seguridad social, tanto en salud -incluyendo riesgos profesionales- como en pensiones, que le han sido descontados al trabajador CAMILO ACEVEDO, así como los que le descuenten en el futuro, a medida que se vayan produciendo y en los términos de ley, y los del propio empleador.

Segundo.- Si, transcurrido el plazo que se otorga en la presente sentencia, la sociedad demandada no cumple con el pago de las sumas antes referidas, el Instituto de Seguros Sociales deberá ejercer todas las acciones pertinentes para lograr su cancelación, tanto en lo relativo a salud, como en lo que hace a pensiones, sin perjuicio de las sanciones que contempla el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 por desacato, las que serán impuestas por el juez de instancia.

Tercero.- Lo anterior sin perjuicio de que el I.S.S. preste los servicios necesarios para la seguridad social del trabajador y de su familia mientras los pagos se producen, pudiendo repetir por tal concepto contra el patrono e imponerle las sanciones a que haya lugar.

Cuarto.- DAR cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado Ponente

Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.