

Sentencia T-438/12

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para reconocimiento de pensión de vejez

PENSION DE VEJEZ-Requisitos

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Definición/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE TRABAJADOR INDEPENDIENTE-Diferencias con el Sistema de Seguridad de Trabajador Dependiente

Referencia: expediente T-3.366.765

Acción de tutela instaurada por Javier Alonso Gaviria Gaviria contra el Instituto de Seguros Sociales- Seccional Antioquia

Magistrada Ponente:

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Bogotá, D.C., doce (12) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Séptimo Penal de Adolescentes con Funciones de Conocimiento y la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín, en primera y segunda instancia respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Escrito de tutela

Javier Alonso Gaviria Gaviria formuló acción de tutela contra la Seccional de Antioquia del Instituto de Seguros Sociales por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social y a la salud.

Señaló que nació el 27 de diciembre de 1937, por lo cual considera que hace parte del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que ha cotizado de manera intermitente al Seguro Social, por lo cual dicha entidad le reconoce un total de 836 semanas cotizadas entre el 6 de abril de 1973 y el 30 de noviembre de 2010. Sin embargo, afirmó que el ISS no está tomando en cuenta las semanas que cotizó entre febrero de 2003 y noviembre de 2006 en calidad de trabajador independiente, con las cuales tendría un total de 1013.02 semanas.

Adujo que desde 1997 hasta el 2002 estuvo vinculado al programa del Consorcio Prosperar. Al salir del programa, por cumplir la edad de retiro, continuó cotizando al ISS para completar las semanas, pero dichas cotizaciones las hizo con base en un salario inferior al mínimo, hasta que se percató de su error en el 2007 y corrigió el IBC.

Afirmó que en el 2010 realizó un trámite de corrección de los pagos hechos entre el 2003 y 2007, y que la afiliación retroactiva fue autorizada tácitamente por el Seguro Social. No obstante, su historia laboral aún presentaba las mismas inconsistencias que llevaron a que se le negara su derecho pensional; por lo cual, el 5 de mayo de 2011 solicitó a la entidad hacer las correcciones que fueran del caso. En respuesta, el 11 de mayo de 2011, el Jefe del Departamento Financiero del ISS, le contestó que los pagos estaban bien enlazados, dándole traslado al Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados para que cargaran los periodos a la historia del accionante.

El 17 de agosto de 2010 presentó solicitud de pensión ante el ISS, la cual fue rechazada, por medio de la Resolución No. 01627 del 31 de enero de 2011, por no tener las semanas necesarias para acceder a la prestación económica, pues sólo contaba con 893 semanas cotizadas en toda su vida laboral. Contra dicha Resolución interpuso los recursos de la vía gubernativa. El 20 de junio de 2011, la entidad resolvió no reponer el acto, por medio de

Resolución 017086, al no tener las 1000 semanas cotizadas en cualquier época.

Aseveró que es un hombre de la tercera edad, que no posee ingresos económicos, y que no le es posible acceder al mercado laboral, por lo cual requiere de su pensión para garantizar su manutención y pagar las deudas que ha adquirido.

2. Solicitud de tutela

Por lo expuesto, el accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados, de manera que se le ordene a la entidad demandada que reconozca y pague la pensión de vejez a la que tiene derecho, de forma transitoria, mientras se inicia el proceso respectivo ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Subsidiariamente, solicitó que se le ordene al ISS la expedición de una nueva resolución en la que tenga en cuenta las semanas cotizadas entre el primero de enero de 2003 y el mes de noviembre de 2006.

3. Intervención de la entidad accionada: Seccional Antioquia- Instituto del Seguro Social.

La entidad demandada, en respuesta a la acción de tutela, insistió que el demandante no tiene derecho a su pensión de vejez, dado que no cumple con los requisitos necesarios según la normatividad vigente. Por tanto, consideró que el reconocer dicha prestación económica afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, en contra del Artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Igualmente, solicitó que se declarara improcedente la acción, por cuanto el demandante tiene otros medios de defensa a su disposición. Al respecto, señaló que le corresponde a la justicia ordinaria decidir si tiene derecho o no a la pensión, y que dicha facultad no puede ser asumida por el juez constitucional.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copia de los formatos de corrección de los períodos de cotización correspondientes a todo el año 2003, al 2004 (salvo abril), al 2005, hasta octubre del 2006, y el mes de marzo del 2007 (folios 14-58, Cuaderno 1).

a. Copia de los formatos de autoliquidación mensual de aportes correspondientes a los períodos comprendidos entre enero de 2003 y octubre de 2006, en los que consta que el 20 de mayo de 2010 paga una parte de la cotización de dichos meses con los intereses de mora (folios 59-104, Cuaderno 1).

a. Certificado del “Consortio Prosperar Hoy, Fondo de Solidaridad Pensional”, en el que consta que el accionante estuvo afiliado a dicha entidad desde el primero de octubre de 1997 hasta que fue retirado por cumplir la edad de retiro forzoso (Folio 105, Cuaderno 1).

a. Copia de la Historia Laboral del accionante, elaborada por la Vicepresidencia de Pensiones, en la cual el ISS certifica que éste, al 25 de julio de 2011, había cotizado 836 semanas (folio 106-122, Cuaderno1).

a. Copia de la Resolución 01627 del 31 de enero de 2011, por medio de la cual el Instituto de Seguros Sociales deniega la solicitud de pensión del accionante, dado que sólo ha cotizado 896 semanas en todo el tiempo de afiliación (folio 123, Cuaderno 1).

a. Copia de la respuesta dada por la entidad a la solicitud de corrección de la historia laboral, en la que da traslado al departamento de Cuentas Corrientes (folios 124-125, Cuaderno 1).

a. Copia de la cédula de ciudadanía del accionante, en la que consta que nació el 27 de diciembre de 1937 (folio 126, Cuaderno 1).

a. Copia del derecho de petición presentado ante la entidad accionada con fecha del 10 de junio de 2010, en la cual se solicitó el derecho a la pensión del señor Gaviria (folios 127-129, Cuaderno 1).

a. Copia de la Resolución 06984 del 18 de marzo de 2009 en la cual resuelve el recurso de apelación contra una Resolución que previamente le había negado la pensión al accionante (folios 130-132, Cuaderno 1).

a. Certificado de pago a Coomeva EPS S.A. expedido el 21 de agosto de 2009, en la cual se da cuenta que el accionante ha estado afiliado al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud desde marzo de 2003 hasta agosto de 2009 (folios 133-134, Cuaderno 1).

a. Copia de dos derechos de petición, sin fecha de recibido, dirigidos al Departamento de Cuentas Corrientes del Instituto de Seguros Sociales-Seccional Cundinamarca, en los cuales solicita que se incluyan los periodos de enero de 2003 a noviembre de 2006, en la historia laboral (folios 136-146, Cuaderno 1).

a. Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado contra la Resolución 01627 del 31 de enero de 2011, por parte del accionante (folio 147, Cuaderno 1).

a. Copia de la información de afiliados que aparece en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social del Ministerio de la Protección Social, en la cual, el 2 de diciembre de 2011, se informa que el accionante se encuentra afiliado a Coomeva EPS en el régimen contributivo como cotizante (folio 191, Cuaderno 1).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 27 de octubre de 2011, el Juzgado Séptimo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento denegó el amparo al considerar que la acción promovida era improcedente. Sostuvo que en principio la acción de tutela, como mecanismo subsidiario, no procede para solicitar el pago de acreencias pensionales, y que en el caso concreto no se presentan los elementos para exceptuar dicha regla y entrar a estudiar el caso de fondo, pues no hay certeza del derecho que le asiste al accionante. Por lo cual, consideró que el proceso ordinario laboral es el medio adecuado para discutir la titularidad del derecho.

El actor impugnó. Alegó que es una persona de la tercera edad, que al no poseer ingresos económicos, amerita especial protección constitucional, de manera que por esta vía excepcional se le reconozca transitoriamente su derecho a la pensión. Asimismo, sostuvo que el ISS le desconoce su derecho al debido proceso al negarse a validar los aportes corregidos, considerando que dichos pagos se realizaron con la aquiescencia de la entidad.

El 9 de diciembre de 2011, la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín decidió confirmar la decisión del a quo. Argumentó que no hay pruebas de que el mínimo vital del accionante esté en riesgo, dado que está afiliado al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud. Adicionalmente, sostuvo que no hay razones para concluir que el actuar del ISS fuera ilegal ni inconstitucional, dado que había basado sus decisiones en las normas que regulan la materia, otorgándole al accionante todas las oportunidades para defenderse.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Dos, mediante auto de diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la

escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional

2. Mediante auto de veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012), el magistrado sustanciador resolvió:

“Primero. ORDENAR que por Secretaría General se oficie al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este auto, remita a este despacho la respuesta que dicha entidad le dio a la apelación presentada contra la Resolución 01627 del 31 de enero de 2011 por el señor Javier Alonso Gaviria Gaviria, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.465.576.

Segundo. ORDENAR que por Secretaría General se oficie al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este auto, remita a este despacho el reporte de semanas cotizadas en pensiones del afiliado Javier Alonso Gaviria Gaviria, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.465.576, es decir la historia laboral, que debe estar actualizada con las novedades que se hayan presentado en el Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual, para lo cual deberá acompañar relación de las mismas.”

Según comunicado del 13 de abril de 2012 de la Secretaría General de esta Corporación, vencido el referido término no se recibió respuesta alguna por parte del Instituto de Seguros Sociales.

3. Consideraciones

3.1. Problema jurídico y esquema de resolución.

3. Esta Sala pasa a determinar si el Instituto de Seguros Sociales- Seccional Antioquia vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de Javier Alonso Gaviria Gaviria, al negarle el reconocimiento de la pensión por medio de la Resolución 017086 del 31 de enero de 2011, al considerar que no cumplía con las semanas de servicio requeridas y no tener en cuenta las cotizaciones hechas entre febrero de 2003 y noviembre de 2006 por un salario inferior al mínimo.

Para resolver el problema jurídico expuesto, la Sala procederá a estudiar, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los siguientes temas: la procedencia excepcional de la tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez (3.2.) y el sistema de seguridad social en pensiones de los trabajadores independientes (3.3.). Con base en los anteriores elementos de juicio pasará a resolver el caso concreto.

3.2. Procedencia excepcional de la tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez.

4. En virtud del artículo 86 de la Constitución Política se creó en Colombia la tutela, como un mecanismo preferente y sumario para que todas las personas pudieran reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales, sus bienes jurídicos más esenciales. No obstante, dicho mecanismo es subsidiario y ante la existencia de otro medio de defensa, se exige que la persona acuda al mecanismo ordinario, al ser, por disposición del legislador, el medio idóneo para resolver el conflicto de intereses.

En este sentido, ha dicho la Corte que “la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria. La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.”¹

5. No obstante, la regla general de improcedencia de la acción de tutela tiene dos excepciones que han sido ampliamente desarrollados por esta Corporación.

6. En primer lugar, procede la tutela cuando habiendo otro mecanismo de protección judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz para la protección de los derechos fundamentales, o no resuelve el conflicto de manera integral. Por lo cual, para determinar si la tutela ha de fungir como mecanismo principal es importante que el juez evalúe cada caso concreto para determinar la efectividad del mecanismo. En el tema de pensiones, la Corte ha considerado que “los medios de defensa devienen insuficientes para garantizar la protección de los

derechos fundamentales del afectado por cuanto el trámite ordinario para reconocimiento pensional puede en ocasiones no propiciar una solución expedita, o decidirse demasiado tarde, dado el estado de indefensión y limitación en el que se encuentran estas personas, las cuales en muchas ocasiones, a partir de su propia incapacidad laboral, no podrán encontrar otro medio de subsistencia diferente a la anhelada mesada”².

7. En segundo lugar, la tutela es procedente cuando, si bien existe un mecanismo de defensa ordinario idóneo, se está ante la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo cual transitoriamente se han de proteger los derechos del accionante. Al respecto, la Corporación establece que “(P)ara determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.”³

8. Así las cosas, es claro que la acción de tutela, en principio, sería improcedente para reclamar el pago y reconocimiento del derecho pensional, dado que el legislador ha diseñado un proceso específico para ello. Ya sea en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o en la Jurisdicción Laboral Ordinaria, se diseñaron procesos adecuados para la protección de los derechos fundamentales asociados al reconocimiento de una pensión. A pesar de ello, la tutela es procedente cuando se configure alguna de las dos excepciones a la regla de subsidiariedad de la misma, y por tanto el conflicto adquiera un matiz constitucional con miras a amparar los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad social y/o mínimo vital que se encuentren amenazados en el caso concreto.

9. Para evaluar la urgencia y gravedad que conllevan a que el conflicto se deba estudiar en sede de tutela, y por tanto se invada el terreno del juez natural, es preciso que en el caso concreto se presenten ciertos elementos, entre los cuales se han delimitado los siguientes:

“(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) que se acrediten siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”⁴

Así las cosas, el que las personas de la tercera edad sean sujetos de especial protección constitucional encuentra sustento en el hecho de que la lesión a sus derechos fundamentales tiene un efecto particularmente severo, dado que se encuentran en especial condición de desamparo, que se hace más gravosa por la falta del reconocimiento de la pensión.

Al referirse a la vulneración al mínimo vital como segundo requisito a evaluar en cada caso concreto, ha dicho la Corte que “que si bien es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones”⁵.

Ahora bien, frente a los últimos dos requisitos es importante que, para el juez de tutela, quede establecido que se intentaron los medios ordinarios de defensa o las razones por las que no se intentaron, lo cual implica que “la mera afirmación de que se está sufriendo un perjuicio irremediable o de que el medio judicial ordinario es ineficaz, no basta para declarar la procedencia de la acción de tutela pues el accionante debe, al menos, mencionar los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable o la ineficacia del medio ordinario de defensa.”⁶

10. Por otro lado, la jurisprudencia ha sostenido que “El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud”⁷.

11. En síntesis, en virtud del artículo 86 de la Constitución Política la tutela es un mecanismo subsidiario, y por tanto resulta improcedente en aquellos casos en los cuales la persona disponga de otro medio de defensa judicial. Sin embargo, cuando dicho mecanismo judicial ordinario no es idóneo para la protección de los derechos fundamentales en riesgo, o cuando se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente.

3.3. El sistema de seguridad social en pensiones de los trabajadores independientes.

“la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.”⁸

13. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación⁹ el derecho a la seguridad social, en tanto es constitucional, se entiende que es un derecho fundamental. Al respecto, ha dicho la Corte que:

“Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales¹⁰ pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos – indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del

Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra - muy distinta - la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

(..)

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado¹¹, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.”¹²

Por otra parte, la seguridad social se configura como en un servicio público, por medio del cual se desarrollan fines esenciales del Estado Social de Derecho. El sistema de seguridad social está conformado por un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas, mediante la cobertura de las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica, y demás. El Sistema de Seguridad Social, implementado en Colombia por la Ley 100 de 1993, diseñó una estructura básica determinando las instituciones encargadas de la presentación del servicio, las contingencias que se irían a proteger, y la provisión de fondos, que permitiera el buen funcionamiento del sistema y por tanto el cumplimiento de la obligación constitucional.

14. Entre las contingencias que se protegen se encuentra la vejez, momento en el cual, luego de haber trabajado durante la mayoría de los años productivos, la persona decide retirarse y descansar, sin que por ello su mínimo vital se deba ver afectado. Así las cosas, la pensión de vejez se ha definido como "...un 'salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo'. Por lo tanto, 'el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador'¹³. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por 'la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad'¹⁴, requisitos estos que 'no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente'¹⁵."16.

15. El acceso a la pensión de vejez está sometido a unos requisitos establecidos por el legislador, que son básicamente un mínimo de tiempo requerido de servicios y el alcanzar una edad determinada.

16. Ahora bien, al regular el Sistema de Seguridad Social, el legislador incluyó no solo a los empleados dependientes, sino también a los trabajadores independientes, que son "las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten"¹⁷. Es decir todas aquellas que trabajen en una situación carente de subordinación y dependencia, por lo cual reciben un monto de dinero a título de honorarios o comisiones. Frente a estos dos tipos de afiliados, el legislador estableció un régimen diferente, no en los requisitos para acceder a las prestaciones, sino en la forma en que cotizan y en ese sentido acumulan el tiempo de servicios en su historia laboral.

17. La diferencia parte del hecho de que la relación entre el sistema y el trabajador independiente es una relación directa, en la cual el propio trabajador es el interesado en hacer la cotización y es el único responsable de asumir dicha erogación. En el caso de los trabajadores dependientes, el empleador es un intermediario y el acceso al sistema se da a través de éste, puesto que es quien debe concurrir con el trabajador a cumplir con las obligaciones frente al mismo, y aportar el porcentaje de la cotización que corresponde.

18. Algunas de estas diferencias son importantes para el caso que se ha de resolver en esta providencia, por lo cual se procede a reseñarlas.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tribunal de cierre en materia laboral, ha establecido que:

Cosa distinta ocurre cuando el aportante no es el empleador sino el trabajador, pues, sus cotizaciones “se entenderán hechas para cada período, de manera anticipada y no por mes vencido”, como lo anunciaba expresamente el artículo 20, inciso tercero, del Decreto 692 de 1994, así como que si no se especificaba el período de cotización debía tomarse “como período de cotización el mes siguiente al de la fecha de consignación del aporte”, disposición que, aun cuando fue expresamente derogada por el artículo 56 del Decreto 326 de 1996, posteriormente se insertó en el artículo 35 del Decreto 1406 de 28 de julio de 1999 en similares términos, así: ‘Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por períodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente’.

Por manera que, siguiendo tal derrotero, y sobre el supuesto de por (sic) ser el trabajador independiente el aportante de sus cotizaciones e interesado directo ante el Sistema General de Pensiones por el cubrimiento de las contingencias que contempla, le corresponde asumir, conforme al criterio actual del legislador que se acaba de enunciar, las consecuencias del déficit, insuficiencia o precariedad en el número mínimo de cotizaciones requerido para acceder a las prestaciones contempladas por dicho sistema pensional.

Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de ‘irregulares’, habida consideración que siempre se harán para cada período ‘en forma anticipada’, y como dice la última norma citada, “si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

Lo anotado explica, además, que los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 no hayan

previsto la aplicación de sanciones moratorias, ni la posibilidad de ejercer en su contra acciones de cobro por parte de las entidades administradoras del sistema. Así lo repite el artículo 28 del Decreto 692 de 1994 cuando dice: “ ... Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido”. Es que, frente al criterio actual de (sic) legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.

Ante lo dicho, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo no incurrió en el yerro jurídico de no advertir como nulas o ineficaces las cotizaciones efectuadas por Peña Motta como trabajador independiente, como lo alegó el demandado, pues a ellas les dio plenos efectos, no obstante haberse apoyado para su conclusión en consideraciones tangenciales al tema debatido, relativas a la buena fe del aportante, los deberes de control e información de la administradora de pensiones, los principios de la seguridad social y hasta el “sentido” de alguna sentencia de tutela de la Corte Constitucional, por cuanto el legislador expresamente define que esas cotizaciones surtirán efectos hacia el futuro y, particularmente, “por períodos mensuales y en forma anticipada” y, a falta de señalamiento del respectivo período, “se reportarán al mes siguiente”.

Importa a la Corte destacar que precisamente el artículo 21 del Decreto 1818 de 1996, que invoca la censura, pero que también fue derogado por el artículo 61 del Decreto 1406 de 1999, reiteraba lo antes señalado en el sentido de que las cotizaciones efectuadas por los trabajadores independientes, fuera de hacerse mensualmente, debían cumplirse anticipadamente, de suerte que, en suma, tanto antes como ahora, ninguna consignación podrá surtir efectos retroactivos, de donde se infiere que a la entidad administradora corresponde, en consecuencia, imputar siempre los pagos a mensualidades futuras en los términos y oportunidades de que trata hoy el Decreto 1406 de 1999, en el que se ha dicho se vuelve a reiterar el anterior criterio legal (...).”¹⁸

19. Por otro lado, el artículo 56 del Decreto 1406 de 1999, establece que “[C]uando el valor

de la cotización recaudada para el Sistema General de Pensiones corresponda a un ingreso base inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, el mismo se tendrá como abono a futuras cotizaciones por dicho riesgo.” Lo cual, aplicado al trabajador independiente ha llevado a que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia considere que “una cosa muy diferente es que las cotizaciones no puedan ser inferiores a las del salario mínimo legal mensual vigente y otra, que habiendo incurrido en la falta, dicha cotización carezca de validez y se equipare a no haberse realizado; lo cual demuestra que de haber el Ad-quem interpretado correctamente las normas, hubiera contabilizado tales cotizaciones para efectos pensionales,-ello, bajo el entendido de tenerse en cuenta “como abono a futuras cotizaciones”-, y no como lo entendiera el juez de apelaciones, dejando de contabilizarlas (como si no hubiesen existido) por haberse cotizado por debajo del salario mínimo mensual legal vigente, ello dentro de una sana y armónica interpretación, de los preceptos transcritos en relación con lo expresamente regulado sobre cotizaciones realizadas por debajo de las bases autorizadas en el artículo 56 del mismo Decreto.”¹⁹

20. En conclusión, se tiene que el derecho a la seguridad social es una garantía del Estado Social de Derecho, según el cual se crea un sistema por para brindarle a cada persona defensa frente a las contingencias usuales de la vida en sociedad, para ayudarle a mantener una vida digna. Una de dichas contingencias es la vejez que se atiende por medio de la pensión, a la cual se accede cuando se cumplen los requisitos de edad y tiempo de cotización o de servicios. Dichas cotizaciones, que mantienen la estabilidad económica del sistema, se rigen por unas normas especiales, en las que se diferencia a los empleados dependientes de los independientes. Dos de aquellas diferencias, esenciales para el caso concreto, son que el trabajador independiente cotiza mes anticipado, y debe cotizar mínimo sobre un salario mínimo, pues de lo contrario se abona hacía un pago futuro.

3.4. Caso Concreto.

21. Entra la Sala a definir si el Instituto de Seguros Sociales- Seccional Antioquia desconoció el derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital de Javier Alonso Gaviria Gaviria, al negarle el reconocimiento de la pensión por medio de la Resolución 017086 del 31 de enero de 2011, al considerar que no cumple con las semanas de servicio requeridas, dado que no tiene en cuenta las cotizaciones hechas entre febrero de 2003 y noviembre de 2006 por un salario inferior al mínimo.

22. De acuerdo con lo establecido en el aparte 3.2. de esta providencia, la acción de tutela es procedente por no ser la vía ordinaria un medio idóneo para la protección de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

El actor es un hombre de 74 años de edad, y por tanto sujeto de especial protección constitucional. Igualmente, encuentra que su mínimo vital podría verse afectado al no recibir la pensión. Así las cosas, en principio el desconocimiento de su pensión podría afectar su dignidad humana, en tanto el sustento con el cual él esperaba contar a esta edad era una pensión de vejez para la cual había cotizado en su vida productiva.

Por otro lado, es claro que el actor ha intentado los medios de defensa que tiene a su disposición, salvo el proceso ordinario, pues interpuso los recursos de vía gubernativa frente a la Resolución que denegó su derecho, y ha hecho solicitudes a la entidad tratando de encontrar una solución a su problema. En cuanto a la eficacia del mecanismo ordinario de defensa, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación²⁰ que establece que la avanzada edad del accionante prueba la ineffectividad del medio, dado que es posible que la persona no exista para el momento en el se adopte un fallo definitivo, tomando en cuenta el tiempo que toma un proceso de esta índole. Es claro, entonces, que estamos frente a una situación en la cual la tutela se convierte en el mecanismo principal, y se ha de invadir el terreno del juez natural, con miras a proteger el derecho fundamental a la seguridad social, que dadas las circunstancias del caso se vuelve exigible por vía de tutela.

23. No obstante lo anterior, el derecho a la pensión del accionante no es claro, puesto que de acuerdo con lo establecido en el numeral 3.3. de esta providencia, no hay certeza de que haya cotizado las 1000 semanas al Sistema General de Pensiones, requisito indispensable para adquirir la prestación que cubre la contingencia de la vejez.

24. Según las pruebas que reposan en el expediente el accionante cotizó entre febrero de 2003 y noviembre de 2006 sobre un ingreso inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; por lo cual en principio la entidad no le reconoció dicho lapso de tiempo. Posteriormente, en el mes de mayo de 2010, trató de remediar la situación pagando el retroactivo de lo que creía deber por cotización de aquel lapso de tiempo. Sin embargo, tal como se expuso en el aparte 3.4 de esta providencia, dicha actuación no es posible a luces de la legislación que regula la forma de hacer aportes como trabajador independiente al

sistema.

25 La regulación fue diseñada de manera que el trabajador independiente no pueda incurrir en mora, puesto que debe pagar mes anticipado, y en caso de pagar sobre un valor inferior al salario mínimo, debe entenderse que este es un anticipo a cotizaciones que se han de hacer en el futuro. Por tanto, los aportes que hizo el accionante entre el lapso de 2003 y 2006, por ser inferiores al salario mínimo, se debían tener como anticipos de cotizaciones futuras, hasta recolectar el mínimo de cotización para un mes, momento en el cual se debía imputar la cotización completa a ese mes. Es decir, a manera de ejemplo, si el pagaba el 25% del aporte que debía cancelar mes a mes, al cuarto mes se debía entender que había cancelado el aporte completo, imputando la cotización al mismo, y por tanto contabilizando ese mes como tiempo de servicio.

26. Así las cosas, entendiendo que las cotizaciones se hacen mes anticipado, era imposible jurídicamente que el actor hubiese incurrido en mora. Por tanto, al pago que realizó en el 2010, no era posible darle efectos retroactivos, sino que constituía un pago en exceso, que debía ser manejado en los términos del artículo 55 del Decreto 1406 de 199921, que remite al procedimiento referenciado en el artículo 9 del Decreto 1161 de 199422.

27. De allí que sea claro que la imputación de pagos que hace el accionante, que lo lleva a concluir que tiene las 1000 semanas necesarias para pensionarse, no es la imputación correcta de cara al marco jurídico que regula las cotizaciones del trabajador independiente.

29. Empero, es claro que la entidad accionada tampoco le ha dado al caso el trato que amerita considerando que se trata de una persona de especial protección constitucional que está esperando acceder al beneficio. Del acervo probatorio se desprende que el Seguro Social no ha realizado de forma correcta la imputación de los pagos realizados entre 2003 y 2006 ni tampoco le ha dado el trámite correspondiente a los pagos posteriores efectuados por el accionante. En efecto, el Seguro Social entre el 2003 y 2006 no le reconoce semana alguna al accionante²³, ni tampoco da cuenta del procedimiento por pagos en exceso.

30. Considera la Sala que mientras no se haga un manejo adecuado de las cotizaciones hechas por el accionante, el Seguro Social le está desconociendo su derecho al debido proceso en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en tanto comprende el reconocimiento de las semanas efectivamente cotizadas y el procedimiento adecuado frente

a los pagos en exceso y anticipados de acuerdo a la regulación legal. El Seguro Social ha impedido que el actor tenga claridad sobre el cumplimiento o no de los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, desconociendo las formas prescritas en la ley para llevar a cabo las imputaciones de pagos.

31. De allí que considere la Sala que se ha de amparar el derecho al debido proceso del accionante y se le ha de ordenar al Instituto de Seguros Sociales, especialmente al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la Seccional Antioquia, que haga un cruce que cuentas con éste, haciendo una imputación a los pagos hechos según lo ordene la legislación vigente y la jurisprudencia que la desarrolle, para garantizar la estabilidad del sistema. A partir de dicho cruce de cuentas se debe expedir una nueva resolución en la cual se resuelva la petición del actor de conformidad con la información correcta y actualizada en relación con los aportes del sistema; hecho que deberá ser comunicado al juez de primera instancia, acompañando la comunicación de los soportes que demuestren una correcta imputación. Asimismo, la Sala considera necesario que la Personería de Medellín, en cumplimiento de la función constitucional consagrada en el artículo 282 numeral 1, oriente, instruya y acompañe al actor en el ejercicio y defensa de sus derechos en lo que considere pertinente.

32. Finalmente, considera la Sala que no es posible ignorar la falta de respuesta del Instituto de Seguros Sociales a la solicitud hecha por parte de la Corte Constitucional por medio de auto de veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012), puesto que dicha entidad está incumpliendo el deber de todo servidor público consagrado en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 y consecuentemente está incurriendo en la prohibición del numeral primero del artículo 35 de dicho código normativo; pues claramente está desconociendo las ordenes dadas por la autoridad judicial. Así las cosas, ante dicha situación se considera necesario compulsar copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la posible falta disciplinaria en que incurrieron los funcionarios involucrados en este caso, de acuerdo a la función otorgada a dicha entidad en el numeral primero artículo 277 de la Constitución Política.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 9 de diciembre de 2011, dictada por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Medellín. En su lugar, CONCEDER el amparo al derecho al debido proceso del señor Javier Alonso Gaviria Gaviria, y en consecuencia ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales -Seccional Antioquia-, especialmente al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, o a quien haga sus veces, que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, realice un cruce de cuentas e impute correctamente los aportes hechos al Sistema de Seguridad Social en pensiones, y expida una nueva Resolución en los términos de la presente providencia. Dicha resolución deberá ser enviada al juez de primera instancia dentro del término, acompañada de los soportes a partir de los cuales se pueda verificar que se llevo a cabo una correcta imputación de los pagos.

Segundo.- COMUNICAR a la Personería de Medellín la presente providencia para que, en cumplimiento de la función consagrada en el artículo 282 numeral primero de la Constitución Política, oriente, instruya y acompañe al actor en el ejercicio y defensa de sus derechos ante el Seguro Social en lo que considere pertinente, y asimismo verifique el cumplimiento de la medida adoptada.

Tercero.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte, COMPULSAR copias con destino a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia, de acuerdo a lo establecido en el numeral primero del artículo 277 de la Carta Política.

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

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

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia C-543 de 1992 MP José Gregorio Hernández Galindo. Aquella declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban la tutela contra providencias judiciales, al considerar que en el ordenamiento jurídico debía primar la cosa juzgada, la seguridad jurídica, y la autonomía del juez, principios que la tutela no podía desconocer.

2 Sentencia T-001 de 2009 MP Nilson Pinilla Pinilla. La Corte se pronunció sobre la procedencia de la tutela para reclamar prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, en el caso de una persona a quien se le había denegado la pensión de invalidez por parte de la entidad por no cumplir el requisito de fidelidad, por lo cual

3 Sentencia T-225 de 1993 MP Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha oportunidad la Corte se pronunció sobre el perjuicio irremediable al estudiar un caso en el cual los actores solicitaban la protección de su derecho de acceso al acueducto. Consideró la Corte que existía otro mecanismo de defensa ordinario que sería la acción popular.

4 Sentencia T-055 de 2006 MP. Alfredo Beltrán Sierra En dicha oportunidad la Corte evaluó cuando procede la tutela para el reconocimiento de la pensión de vejez, en el caso de un trabajador que solicitaba la indemnización de una entidad en liquidación por la terminación de su trabajo, cuando ya tenía los requisitos para pensionarse.

5 Sentencia T-090 de 1999 MP Alfredo Beltrán Sierra. La Corte estudió el caso de un accionante de la tercera edad a quien se le había retrasado el pago de mesadas pensionales, lo que lo puso en una precaria situación económica, por lo que ordenó el pago de las mesadas dejadas de cancelar.

6 Sentencia T-210 de 2011 MP Juan Carlos Henao Pérez. En dicho caso la Corte consideró que Cajanal al desconocer los términos para responder, había vulnerado el derecho de petición del actor, y además el mínimo vital y seguridad social, por lo cual ordenó también concederle la pensión por su precaria situación económica.

7 Sentencia T-836 de 2006 MP Humberto Sierra Porto. En dicha oportunidad la Corte se pronunció acerca de la tutela para amparar un derecho prestacional en seguridad social, al estudiar el caso de una señora de la tercera edad que solicitaba su pensión de sobreviviente.

8 OIT, Administración de la Seguridad Social, 1991, p. 9.

9 Al respecto ver las sentencias T-016 de 2007, T-1040 de 2008, T-404 de 2009, T-021 de 2010 y T-293 de 2011, entre otras.

10 Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

11 Sentencia T-016-07.

12 Sentencia T-021 de 2010 MP. Humberto Sierra Porto. La providencia resuelve el caso en el cual la accionante solicitaba el reconocimiento y pago del derecho a la pensión de sobrevivientes; y establece que, en ese caso concreto, el derecho fundamental a la seguridad social era amparable por vía de tutela.

13 Sentencia C-546 de 1992.

14 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 28 de 1958.

15 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 20 de 1968.

16 Sentencia C-177 de 1998 MP Alejandro Martínez Caballero. Allí la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 33 y 209 de la Ley 100 de 1993 que se refieren al incumplimiento de la obligación del empleador a cotizar a las EPS. Normas declaradas exequibles.

17 Numeral primero del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la

Ley 797 de 2003.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Radicado 26728. MP. Isaura Vargas Díaz. Allí la Corte estudió el caso de una persona que reclamaba su pensión de vejez y había cotizado un tiempo como trabajador independiente y alegaba que pagó unos periodos con intereses moratorios.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de enero de 2006. Radicado 25175. MP. Isaura Vargas Díaz. En dicha oportunidad la Corte estudió el caso de una persona que solicitaba su pensión de vejez, y al cotizar como trabajador independiente había hecho aportes sobre una base inferior al salario mínimo, por lo cual la Corte se pronunció acerca de la correcta imputación de dichos periodos.

20 Al respecto consultar las sentencias T-239 de 2008, T-284 de 2007, T-149 de 2007, T-229 de 2006 y T-909 de 2009, entre otras.

21 “Artículo 55. Pagos en exceso en Pensiones. Cuando como consecuencia del proceso de verificación adelantada por las entidades administradoras de pensiones se establezca que se han recibido pagos que exceden el monto de las cotizaciones obligatorias, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 9º del Decreto 1161 de 1994.

En todo caso, previamente a la devolución del exceso, deberán efectuarse las compensaciones que resulten procedentes por obligaciones a cargo del aportante, y de conformidad con el orden de imputación de pagos señalado en el artículo 53 anterior.” (Por disposición expresa, el artículo 53 no aplica a trabajadores independientes).

22 Artículo 9º. “EXCESOS EN LAS CONSIGNACIONES. Cuando como consecuencia del proceso de verificación adelantado por las Administradoras se determinen excesos en las sumas aportadas, se seguirá el procedimiento que se determina a continuación:

a) En Primer lugar se procede a depositar las sumas consignadas en exceso en una cuenta transitoria de capitalización del fondo. . .

b) En Segundo lugar se procederá a informar el hecho al correspondiente empleador o trabajador independiente a fin de que manifiesten si prefieren que las sumas pertinentes les sean devueltas, se abonen como un pago efectuado en forma anticipada, o, tratándose del

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se abonen como cotizaciones voluntarias en las respectivas cuentas de capitalización individual.

c) Obtenida respuesta, las sumas valorizadas se retirarán de las cuentas a que hace referencia el literal a) y se dará a las mismas el destino señalado por el depositante.

En el caso en el cual, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la correspondiente notificación no se hubiere obtenido respuesta, las sumas respectivas se abonarán como cotizaciones voluntarias.

En el caso del Régimen de Prima Media con prestación definida, las sumas respectivas se mantendrán en una cuenta especial sin rendimientos y si no se obtuviere respuesta dentro del término señalado en el inciso anterior, se mantendrán allí a disposición del interesado. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Decreto 903 de 1994”.

23 Según consta en el última historia laboral adjuntada al proceso, del 25 de julio de 2011. (folio 106-107)