

T-438-97

Sentencia T-438/97

INDEFENSIÓN DEL PENSIONADO-No pago de mesadas por incumplimiento cotización por empleador

El pensionado es normalmente débil y, si bien no siempre pertenece a la tercera edad, es casi seguro que las mesadas pensionales habrán de constituir su único ingreso o la parte más importante del mismo. En muchos casos, se trata de personas que no están en capacidad para procurarse los medios de subsistencia, ni de ejercer por sí mismas su defensa. Su energía física e intelectual se ha ido deteriorando, se encuentran en estado de abandono o son víctimas de discriminación. Es lo corriente que dependan económicamente de su pensión, en la que se encuentra involucrado su mínimo vital. Desde el punto de vista fáctico, los pensionados dependen de la entidad que les paga sus mesadas y si, en casos como el presente, tal entidad se desentiende de su obligación, traspasándola a otro ente, al cual después se establece que no cotiza, la efectiva impotencia de la persona afectada es ostensible. Además, dada la avanzada edad de la mayoría de los pensionados, en ocasiones los medios de defensa ordinarios no son efectivos para lograr la protección invocada. Por ello no puede el juez descartar de plano, sin detenerse a analizar el caso concreto, el eventual estado de indefensión en que pueda hallarse el peticionario.

EMPLEADOR-Responsabilidad en pensiones por no cotizar para seguridad social/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Definición de quién debe pagar la pensión

Si la empresa no ha cumplido con su obligación de cotizar al ISS, no puede ignorar la situación jurídica del pensionado -reconocida previamente por ella misma- y desentenderse del pago de las mesadas correspondientes, pues con tal conducta atropella el derecho que asiste al extrabajador de recibir su pensión, y afecta su mínimo vital. Así, si la empresa estima que el ISS ha debido asumir el pago de la aludida prestación social por haber cumplido con la obligación de cotizar durante el tiempo señalado en la ley, puede aquél llevar el conflicto ante la justicia ordinaria para que sea ésta la que defina quién debe pagar la pensión, pero no puede el empleador abandonar al extrabajador, a quien ya se le ha reconocido el derecho irrenunciable, y dejarlo totalmente expósito, sin protección alguna.

Referencia: Expediente T-131718

Acción de tutela incoada por Luis Alfonso Lemus Lobo contra “Hipódromo De Techo S.A”.

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisan los fallos proferidos por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el proceso de la referencia.

#### I. INFORMACION PRELIMINAR

LUIS ALFONSO LEMUS LOBO, persona de 72 años de edad, ejerció la acción de tutela contra el “Hipódromo de Techo S.A.” por estimar violados los derechos a la vida, al pago oportuno y al reajuste periódico de su pensión de jubilación.

Según el actor, en enero de 1985 la sociedad demandada, a la cual había estado vinculado laboralmente, reconoció a su favor la correspondiente pensión de jubilación, y en marzo de 1995 aquélla suspendió el pago, aduciendo que desde ese momento la obligación sería asumida por el Instituto de Seguros Sociales -ISS-.

Mediante Resolución 015254 del 22 de agosto de 1996, el ISS negó el pago de la pensión, por cuanto sólo se habían cotizado 386 semanas -y no 500 como lo señala la ley-. Alegó el peticionario que esta decisión había obedecido a que el “Hipódromo de Techo S.A.” incumplió con la obligación de cotizar ante el ISS.

Afirmó el demandante que el 2 de diciembre de 1996 solicitó a la empresa su nueva inclusión en nómina, pero que ésta se negó a hacerlo.

El accionante acudió al juez de tutela con el fin de obtener su inclusión en la nómina de la compañía demandada a partir de marzo de 1995, y el pago de los intereses correspondientes de conformidad con lo señalado por la Ley 100 de 1993.

## II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá negó la tutela, por estimar que, tratándose de una acción dirigida contra un particular, en el presente caso no se configuraba el requisito de la subordinación o indefensión de que trata el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, pues actualmente el actor no es empleado de la empresa demandada. Por otra parte, consideró el Juez que el peticionario podía promover un proceso laboral ordinario para satisfacer sus pretensiones.

La anterior decisión fue impugnada por la parte demandante, y en segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá confirmó el fallo apelado. Consideró el Tribunal que, como al actor ya se le había reconocido su derecho, éste disponía de otro medio de defensa judicial: el proceso ejecutivo ante la jurisdicción laboral. Además, estimó que no estaba probado un perjuicio irremediable.

## III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

Esta Corte es competente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela en referencia.

El Juez de primera instancia consideró que la acción de tutela era improcedente por cuanto el demandante no se hallaba en situación de indefensión o subordinación, según lo establece el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, ya que, como pensionado, no se encontraba actualmente bajo la dependencia laboral de la compañía demandada.

Considera la Corte que la anterior interpretación no es constitucionalmente admisible, toda vez que implica un enfoque incompleto de la situación planteada, frente a los alcances de la acción de tutela contra particulares (art. 86 C.P.).

Aunque el pensionado no tenga una relación de actual subordinación frente a su antiguo patrono o empleador, no puede descartarse sin más un estado de indefensión, que corresponde a una circunstancia distinta, en cuanto implica que, de hecho, la persona queda a merced de otra sin posibilidad de reacción ante sus actos u omisiones.

Al respecto, debe recordarse:

“La indefensión implica una situación en la cual el afectado se encuentra en posición de impotencia ante el agresor; no puede hacer nada ante su conducta activa u omisiva, excepto ejercer la acción de tutela, para buscar y obtener el reconocimiento y eficacia de sus derechos amenazados o vulnerados. La persona depende literalmente de la otra en el orden fáctico, de tal modo que le resulta imposible evitar que lleve a cabo los actos violatorios o que cese en la omisión que repercute en la lesión de la cual se queja. En ese sentido, la tutela viene a ser el único medio jurídico a disposición del individuo para invocar ante la administración de justicia, con posibilidad de efectos prácticos, las garantías básicas que en abstracto le reconoce la Constitución”. (Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-293 del 227 de junio de 1994).

El pensionado es normalmente débil y, si bien no siempre pertenece a la tercera edad, es casi seguro que las mesadas pensionales habrán de constituir su único ingreso o la parte más importante del mismo. En muchos casos, se trata de personas que no están en capacidad para procurarse los medios de subsistencia, ni de ejercer por sí mismas su defensa. Su energía física e intelectual se ha ido deteriorando, se encuentran en estado de abandono o son víctimas de discriminación. Es lo corriente que dependan económicamente de su pensión, en la que se encuentra involucrado su mínimo vital.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista fáctico, los pensionados dependen de la entidad que les paga sus mesadas y si, en casos como el presente, tal entidad se desentiende de su obligación, traspasándola a otro ente, al cual después se establece que no cotiza, la efectiva impotencia de la persona afectada es ostensible.

Además, dada la avanzada edad de la mayoría de los pensionados, en ocasiones los medios de defensa ordinarios no son efectivos para lograr la protección invocada. Por ello no puede el juez descartar de plano, sin detenerse a analizar el caso concreto, el eventual estado de indefensión en que pueda hallarse el peticionario.

En los casos de personas de la tercera edad, como el aquí accionante, el artículo 46 de la Constitución, dada precisamente esa desigualdad material en que se encuentran, dispone que el Estado, la sociedad y la familia deben procurar su especial protección. En esta medida, el juez de tutela, en el ejercicio de sus funciones, tratará de dar plena vigencia a tal precepto.

Por otra parte, cuando el pensionado instaura la acción contra su ex patrono, lo hace en virtud de una relación de subordinación que existió, y cuyos efectos, en lo relativo a la pensión, se prolongan en el tiempo, en la medida en que la prestación demandada está esencialmente ligada al vínculo laboral extinguido.

Por lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto sí procede la acción de tutela contra particulares, razón por la cual entrará a estudiar de fondo el litigio planteado.

3. Presunción de veracidad. Deberes del empleador frente al pensionado. Derechos de las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia

En el caso bajo estudio, la Sala encuentra que la sociedad demandada previamente reconoció el derecho del peticionario a gozar de su pensión de jubilación. Afirmación hecha por el actor y no desmentida por el “Hipódromo de Techo S.A.”, motivo por el cual la Corte la considerará como cierta, en virtud de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que nunca se recibió el informe solicitado a dicha sociedad por el juez de instancia sobre el reconocimiento del derecho a la pensión y posterior suspensión de pago de la prestación social.

El trabajador, una vez que ha desplegado su capacidad laboral, prestando durante años sus servicios a una empresa, tiene el derecho irrenunciable a la pensión (artículo 48 C.P.). Este derecho, como en repetidas oportunidades lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, es de naturaleza programática, pero puede dar lugar a la tutela judicial cuando por conexión directa con aquél, resulte desconocido un derecho fundamental.

Como se dijo antes, en el caso objeto de revisión, la Sala considera que el derecho al mínimo vital está comprometido, como expresión directa del derecho fundamental al trabajo.

Se observa en el asunto planteado que al peticionario le fue reconocida dicha prestación social por parte de la empresa a la cual había estado vinculado, y que ésta pagó durante varios años la mencionada pensión, pero, a pesar de haber querido deshacerse del compromiso, transfiriéndolo al Instituto de Seguros Sociales, desde el punto de vista jurídico no pudo el antiguo patrono subrogar la obligación por no haber cotizado a favor del actor el

tiempo requerido para tal efecto.

De esta manera, considera la Corte que si la empresa no ha cumplido con su obligación de cotizar al ISS, no puede ignorar la situación jurídica del pensionado -reconocida previamente por ella misma- y desentenderse del pago de las mesadas correspondientes, pues con tal conducta atropella el derecho que asiste al extrabajador de recibir su pensión, y afecta su mínimo vital.

Así, si el “Hipódromo de Techo S.A.” estima que el ISS ha debido asumir el pago de la aludida prestación social por haber cumplido con la obligación de cotizar durante el tiempo señalado en la ley, puede aquél llevar el conflicto ante la justicia ordinaria para que sea ésta la que defina quién debe pagar la pensión, pero no puede el empleador abandonar al extrabajador, a quien -se repite- ya se le ha reconocido el derecho irrenunciable, y dejarlo totalmente expósito, sin protección alguna.

La Corte reitera lo dicho en casos similares al que ahora se estudia:

“La efectividad de este derecho no sólo corresponde al trabajador, sino también al empleador, quien tiene la obligación de afiliar a sus empleados al seguro social. Esto significa que la empresa no puede ser indiferente en relación con la suerte que corra el derecho a la seguridad social de los asalariados. Por el contrario, el patrono tiene que velar porque ellos vean satisfecho este servicio de manera real y efectiva.

“Ahora bien, en el evento de que el empleador no utilice el sistema de seguridad social estatal, la satisfacción del servicio le corresponde directamente, como resultado de un deber que jurídicamente le pertenece. La existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono.” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-05 de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

“El hecho de que el Estado haya venido a sustituirse en las obligaciones patronales, no supone que el patrono haya quedado definitivamente liberado de su obligación. Las prestaciones sociales, comunes y especiales, se radican originariamente en cabeza del empleador (C.S.T art. 259). La asunción de los respectivos riesgos por parte del seguro social, está condicionada a la cancelación completa y oportuna de los aportes obrero-patronales al sistema de seguridad social.

(...)En el evento de que el empleador no cumpla con su obligación de cancelar los aportes obrero-patronales al seguro social, sobre él recae la obligación originaria de cubrir las respectivas prestaciones sociales, derivadas por ley de la relación laboral” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-287 del 5 de julio de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En relación con la responsabilidad del patrono ante el trabajador por no cotizar para su seguridad social, la Sala Quinta anotó lo siguiente en reciente sentencia:

Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que esta 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” (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-334 del 15 de julio de 1997).

Ahora bien, en el caso bajo análisis, aplicando los principios de efectividad de los derechos y de igualdad, debe entenderse que para los efectos de la acción de tutela, el peticionario, anciano de 72 años, se encuentra en estado de indefensión, ya que por su avanzada edad, los otros medios de defensa no resultan idóneos para lograr lo pretendido, y por tal motivo, el no pago oportuno de su pensión lo afecta en términos no susceptibles de ser contrarrestados por la decisión judicial ordinaria que, para su situación concreta, sería tardía e inútil. Es por ello que se concederá la tutela respecto de su antiguo empleador, pues su mínimo vital está involucrado si se tiene en cuenta que desde hace varios meses no recibe su mesada pensional, y que remitirlo a las vías ordinarias no es pertinente si en ellas no se puede solucionar de manera eficaz el conflicto.

Por lo anterior, la Corte ordenará al “Hipódromo de Techo S.A.” que, en el futuro, y mientras la justicia ordinaria no decida quién debe asumir la obligación de pagar la mencionada prestación social, o hasta que el exempleador y el ISS no lleguen a un acuerdo al respecto, aquél pague las sumas correspondientes al peticionario por concepto de mesadas pensionales, con la sanción prevista por el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

## DECISION

Con base en las precedentes consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte

Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCANSE los fallos proferidos por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en virtud de los cuales se negó la protección solicitada. En su lugar, CONCEDESE la tutela de los derechos fundamentales invocados por el pensionado y, en consecuencia, ORDENASE al “Hipódromo de Techo S.A.” que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, pague a Luis Alfonso Lemus Lobo las mesadas pensionales dejadas de cancelar, con la sanción prevista en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

Además, ORDENASE a la compañía demandada que, en el futuro, hasta tanto la justicia laboral ordinaria no decida definitivamente la controversia entre el ISS y la compañía demandada sobre quién debe asumir el pago de la prestación social, o se llegue a un acuerdo entre ellos sobre el obligado a asumir la prestación, aquella pague oportunamente las sumas adeudadas al actor por concepto de pensión.

Segundo.- Dese el trámite 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

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, HACE CONSTAR QUE:

El Magistrado doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, no suscribe la presente providencia, por encontrarse en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General