

Sentencia T-613/10

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento y pago

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION-Procedencia excepcional

De manera excepcional la acción de tutela es procedente para reconocer y exigir el pago de prestaciones pensionales. Ello, cuando quiera que: (i) no exista otro medio de defensa. La Sala estima que en esta oportunidad la procedibilidad del amparo constitucional se encuentra estrechamente vinculada al estudio de las presuntas violaciones a los derechos fundamentales del actor y a las condiciones especiales del presente asunto. Esto significa que la probable vulneración iusfundamental incide directamente en la procedibilidad del amparo solicitado. Por tanto, en el desarrollo del caso concreto, con el objeto de evaluar la presunta vulneración alegada y la plausibilidad de una eventual orden de amparo constitucional, se hará un análisis que integrará, al mismo tiempo, el estudio de los requisitos formales de procedibilidad y materiales de prosperidad de la acción de tutela judicial, o que existiendo, se establezca que atendiendo a las condiciones del caso concreto y de quien reclama el amparo, éste no resulta idóneo y eficaz para obtener la protección del derecho presuntamente conculcado. En este evento, el amparo procede de manera definitiva; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección judicial idóneo y eficaz, se haga necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor, evento en el cual la tutela procederá en forma transitoria. Adicionalmente, para la prosperidad material de la acción de tutela, el operador judicial debe advertir que (a) exista prueba sobre la titularidad del derecho pensional reclamado y del ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada y; (b) la afectación del mínimo vital del peticionario esté demostrada en el proceso.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Trámites administrativos no pueden obstaculizar el reconocimiento del derecho a quien ya ha reunido los requisitos para acceder a esta

Una vez la persona cumple los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico para acceder a una pensión, le son inoponibles las diferentes disputas que se pudieren presentar entre las entidades potencialmente obligadas a garantizar su derecho prestacional. En estos eventos, procede la acción de tutela para amparar sus derechos fundamentales y remover los obstáculos que impiden el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social en

su faceta pensional, ordenando el pago de la prestación a la entidad que se presente, en principio, como la principal obligada, y facultándola para que dentro de un término razonable acuda a la respectiva jurisdicción especializada a discutir su responsabilidad.

PENSION DE INVALIDEZ-Fundamentos normativos

(i) la pensión de invalidez contemplada en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 ha sido objeto de diversas modificaciones por parte del legislador, consagrando durante sus distintas vigencias requisitos disímiles para su reconocimiento; (ii) por regla general la norma aplicable a un trabajador que reclama su pensión de invalidez es aquella que estaba vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez y; (iii); las personas cuya invalidez se estructuró entre el 28 de enero de 2003 y el 12 de noviembre del mismo año, están cobijadas por la versión original del artículo 39 de la ley 100 de 1993, por ser esta disposición la que les otorga una condición más favorable para el acceso a dicha prestación. En esa dirección, para hacerse acreedor a la pensión de invalidez, este grupo poblacional debe reunir los siguientes requisitos: “a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez” o; b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”

PENSION DE INVALIDEZ A CARGO DE GOBERNACION-Caso en que no se perfeccionó la afiliación a un fondo de pensiones del demandante

La Corte concluye que la gobernación departamental es la encargada de reconocer y pagar la pensión de invalidez a la que tiene derecho el accionante. En esa dirección, el ente departamental, al negar la pretensión pensional del accionante a través de resolución 1416 de 2007 y abstenerse de resolver de fondo la nueva petición que realizara el demandante en escrito del 31 de julio de 2008, vulneró los derechos constitucionales a la seguridad social y al mínimo vital del peticionario, el Departamento de Sucre, al no perfeccionar la afiliación a un fondo de pensiones de su trabajador, comprometió su responsabilidad en el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del accionante, y debía por ello asumir la carga de liquidar y sufragar la misma. Atendiendo a la condiciones del caso concreto la Corte observa que debido a: (i) la precaria situación económica y médica del accionante; (ii) su

avanzada edad y condición de discapacidad; (iii) los diferentes obstáculos que para alcanzar el goce y disfrute a una pensión de invalidez ha tenido que afrontar de manera injustificada desde el año 2006 y; (iv) la ausencia en el proceso ordinario laboral de un dictamen que se ajuste a la realidad de su situación fisiológica; hace impostergable la adopción de medidas de protección constitucional que no podrían realizarse oportunamente a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial. Así las cosas, la situación planteada revela al Tribunal Constitucional, que la acción de tutela impetrada por el accionante contra el departamento de Sucre y otros, resulta procedente ante la manifiesta ineficacia que los mecanismos ordinarios de defensa judicial muestran en el presente caso.

En el presente asunto, obra un dictamen de calificación de invalidez allegado por el accionante en sus demandas ante el juez constitucional de tutela y el ordinario laboral, en el que la junta regional de calificación de invalidez de Sucre lo declara inválido con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 69.10% y le señala como fecha de estructuración el 28 de abril de 2008. Asimismo, aparece un documento enviado a esta Corporación por dicha junta regional, en el que se informa que la fecha de estructuración de la invalidez del actor corresponde en realidad al 16 de junio de 2003. Así, en tanto que en el proceso que se tramita ante el juez laboral únicamente se incorporó el documento que contiene el dictamen proferido por la junta regional de Sucre el 6 de mayo de 2008 y que fija como fecha de estructuración de la invalidez el 28 de abril de 2008, el juez de dicha causa no tendría la posibilidad de evaluar la aplicabilidad del artículo 11 de la ley 797 de 2003, e incluso del artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original, normas estas que, de una parte, son más favorables al peticionario y, de otra, presumiblemente conducirían a dictar fallos contradictorios entre sí en las jurisdicciones ordinaria y constitucional, pues el accionante no cumpliría con el requisito de cotización de las 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, regla que el juez ordinario aplicaría al actor en virtud de la fecha de estructuración del dictamen de calificación de invalidez que reposa en dicho proceso. Por esta razón, y toda vez que se demostró que el actor reúne los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se encuentra en condición de extrema vulnerabilidad y la acción de tutela resulta procedente de manera definitiva ante la manifiesta ineficacia que los medios ordinarios de defensa judicial representan en el presente caso, el Tribunal Constitucional autorizará al accionante a retirar la demanda ordinaria laboral que cursa en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, sin perjuicio de la facultad que le asiste por ministerio de la ley al departamento de

Sucre, de acudir a la jurisdicción competente a discutir su responsabilidad en el pago de la pensión de invalidez del peticionario, proceso en el cual podrá igualmente buscar el reintegro, de parte de quien allí resulte condenado, de los dineros que hubiere pagado en cumplimiento de la sentencia de revisión proferida por la Corte en el presente asunto.

Referencia: expediente T-2435445

Acción de tutela de Filiberto Enrique Román Beltrán contra la gobernación departamental de Sucre, con vinculación oficiosa de la alcaldía municipal de Sampedra (Sucre), BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Sucre y el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., cinco (05) de agosto de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados(a) Maria Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Sincelejo (Sucre), el diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009), en única instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda

1. El señor Filiberto Enrique Román Beltrán¹, persona de sesenta y nueve (69) años de edad², por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra la gobernación del departamento de Sucre³, por considerar que la accionada vulneró sus derechos constitucionales a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda⁴:

1.1. Filiberto Enrique Román Beltrán laboró desde el veinte (20) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994) en la administración municipal de Sampués (Sucre). Posteriormente, el primero (1°) de enero de dos mil tres (2003) fue trasladado a la planta de personal del departamento de Sucre, en donde prestó sus servicios hasta el veinte (20) de febrero de dos mil seis (2006), en el cargo de celador grado uno (1).

1.2. En agosto de dos mil cuatro (2004), al actor le fue diagnosticada la enfermedad de “parkinson”. La entonces EPS del Instituto de Seguros Sociales⁵, le prestó tratamiento médico hasta el mes de marzo de dos mil seis (2006), fecha en que lo desvinculó.

1.3. El veinticuatro (24) de marzo de dos mil seis (2006) el demandante solicitó al Instituto de Seguros Sociales le resolviera su situación pensional. El dos (2) de mayo de dos mil seis (2006), el ISS le comunicó que no aparecía inscrito en el régimen de seguridad social en pensiones de la entidad.

1.4. En vista de que el municipio de Sampués y la gobernación de Sucre descontaron del salario del accionante el dinero correspondiente a aportes a pensión, y lo consignaron en la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) BBVA Horizonte S.A.⁶, el actor solicitó a esta última AFP el reconocimiento de su pensión de invalidez.

1.5. El día trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006), BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., le manifestó al peticionario la imposibilidad de atender su solicitud por cuanto si bien los aportes aparecían consignados allí, el accionante no figuraba como afiliado.

1.6. En virtud de lo anterior, el demandante requirió el reconocimiento de su derecho pensional a la gobernación de Sucre. El ente departamental el treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007), negó la prestación solicitada argumentando para el efecto que aunque la gobernación equivocadamente consignó los aportes en BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., había afiliado al demandante a la AFP Colfondos S.A. El accionante acudió a esta última AFP, la que le expresó que no se encontraba entre sus afiliados.

1.7. En febrero de dos mil ocho (2008), el señor Román Beltrán interpuso acción de tutela contra el municipio de Sampués, la gobernación de Sucre y las AFP Horizonte y Colfondos S.A. El seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008), el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo (Sucre), tuteló los derechos a la seguridad social y al habeas data del peticionario, y

en consecuencia ordenó a la gobernación accionada la calificación del grado de invalidez del actor y la entrega de toda su historia laboral.

1.8. El seis (6) de mayo de dos mil ocho (2008), la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Sucre⁷, declaró inválido al peticionario con una pérdida de capacidad laboral de 69.10%, estructurada el veintiocho (28) de abril de dos mil ocho (2008).

1.9. Con base en la calificación de invalidez referida, el treinta y uno (31) de julio de dos mil ocho (2008), el señor Román Beltrán solicitó a la gobernación de Sucre el reconocimiento de su pensión de invalidez. Hasta el día de interposición de esta nueva acción de tutela, cinco (5) de marzo de dos mil nueve (2009), la accionada no había respondido la petición demandada.

Intervención de la entidad accionada

2. La gobernación del departamento de Sucre, a través del secretario de educación departamental se opuso a la prosperidad de la acción de tutela con base en las consideraciones que a continuación se resumen:

2.1. El actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 69.10%. En esa medida, no es posible reconocer la pensión de invalidez solicitada, pues atendiendo a lo normado en el artículo 61 del Decreto 1848 de 1969, “no se considera inválido al empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%)”.

2.2. “[N]o es cierto que no se cancelaron las cotizaciones por parte del empleador al régimen de pensiones, pues lo que hubo fue un error al enviarlas a otro Fondo de Pensiones de la misma naturaleza, quien tampoco objetó absolutamente nada al momento de recibir las consignaciones correspondientes al accionante”. El departamento de Sucre oportunamente consignó los aportes a pensión del accionante ante las empresas administradoras de pensiones, con ello, cumplió con su obligación legal frente al demandante. Por esta razón, no resulta procedente asignar al departamento la obligación de reconocer la pensión como empleador incumplido.

2.3. Si el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión solicitada, es BBVA

Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. ó Citi Colfondos S.A. quienes tienen la obligación de reconocer tal prestación. Ello por cuanto, frente a BBVA es claro que: (i) esa entidad recaudó los aportes a pensión del accionante y no objetó ni devolvió en su debido momento suma alguna por dicho concepto y; (ii) con su conducta, esta AFP edificó un derecho en cabeza del actor, ya que si no era su afiliado, como lo alega, no debió entonces recibir los dineros correspondientes a los aportes a pensión del peticionario.

En lo relativo a Citi Colfondos S.A. señala que: (i) el municipio de Sampués certificó que afilió al demandante a esa AFP a través de formulario N°. 6920557 desde el 1° de enero de 1998 y; (ii) Colfondos fue negligente al no adelantar las gestiones administrativas y jurisdiccionales para el cobro de lo adeudado con relación a su afiliado.

2.4. La acción de tutela resulta improcedente porque (i) no le corresponde al juez de tutela reconocer prestaciones económicas; (ii) el actor cuenta con un mecanismo ordinario de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (iii) el departamento de Sucre por medio de resolución 1416 de 2007 negó la prestación reclamada. Frente a esta decisión el accionante no utilizó los mecanismos judiciales idóneos que le permitían hacer valer sus derechos.

2.5. El derecho de petición fechado el 31 de julio de 2008 en el que el demandante reclama nuevamente el reconocimiento de la pensión de invalidez, fue extraviado por la administración. Empero, conocida la copia del mismo -anexa a la demanda de tutela-, se dio respuesta inmediatamente al actor mediante escrito del 11 de marzo 2009, en donde se desestimó la pretensión prestacional del accionante.

Del fallo de única instancia

3. El Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009), negó el amparo constitucional. Al abordar el estudio del caso concreto, el juez de instancia señaló:

“No es aceptable las excusas (sic) dadas por la Gobernación de Sucre en el sentido que no es su culpa el error cometido por ellos al enviar los aportes en pensión del accionado a otro fondo distinto al que se encontraba afiliado, queriendo dar a entender que los que tenían que corregir tal error eran los fondos antes mencionados [BBVA Horizonte S.A. y Citi Colfondos

S.A.], cuando el único responsable de la seguridad social en salud, pensión y afiliación a una ARS (sic) es el empleador, él es el que tiene que responder ante el empleado por sus falencias y falta de cuidado, máxime que se trata de la seguridad a poder percibir (sic) en el futuro un[a] pensión para sobrevivir dignamente, después de haber prestado sus servicios durante toda una vida a esa institución, y lo que es peor, como el caso que nos ocupa, el padecimiento de una enfermedad que no le permite subsistir por si mismo por cuanto el mal de parkinson, es una enfermedad progresiva e incurable que lo imposibilita día a día aún para los oficios más insignificantes como es su propio aseo personal y locomoción entre otros.

Muy a pesar de lo expresado anteriormente, el Juez de tutela está limitado como en el presente caso, para reconocer prestaciones sociales y reclamaciones litigiosas, que tienen un procedimiento especial y expedito para reclamarlos, por tal motivo las pretensiones del accionante al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez por parte del accionado no es posible por este medio de tutela (sic), pues existe un proceso para resolver el caso específico reclamado, y sabemos que la acción de tutela es residual, pues de lo contrario se convertiría en otra instancia jurídica paralelas a las jurisdicciones existentes (sic)".

Actuaciones surtidas ante la Corte Constitucional

Vinculación de las entidades que podrían verse afectadas con la sentencia de Revisión

4. La Corte Constitucional, al advertir que la alcaldía municipal de Sampués, BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., Citi Colfos S.A., el Instituto de Seguros Sociales y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Sucre, podrían estar comprometidas en la presunta afectación iusfundamental, y en ese orden, en el eventual cumplimiento de la sentencia de revisión, procedió a vincular a las anotadas entidades al trámite de tutela. En consecuencia, por intermedio de la Secretaría General de la Corte, se puso en conocimiento de las mismas, el contenido de la solicitud de tutela y de la sentencia de instancia, para que en el término de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que ordenó su comparecencia al proceso, expusieran los criterios que a bien tuvieran en relación con los hechos sometidos al conocimiento del juez constitucional.

4.1. Citi Colfondos S.A., por medio de apoderada general, solicitó negar el amparo impetrado en contra suya. Señaló que no ha realizado conducta alguna que conduzca a concluir que

vulneró los derechos fundamentales del accionante, ya que: (i) el señor Filiberto Enrique Román Beltrán no se encuentra afiliado a Citi Colfondos S.A.; (ii) el actor no ha presentado ante Colfondos solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral ni de reconocimiento de pensión de invalidez. Adicionalmente, advirtió que el accionante, en el mes de abril de dos mil nueve (2009), interpuso demanda ordinaria laboral en contra suya, de BBVA Horizonte S.A. y de la gobernación del departamento de Sucre, con idénticas pretensiones a las que persigue en acción de tutela.

4.2. La alcaldía municipal de Sampedra, el Instituto de Seguros Sociales, la junta regional de calificación de invalidez de Sucre y la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Censantías S.A., no se opusieron de manera expresa a la acción de tutela.

Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

5. El Magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas por considerarlas útiles y por ende, necesarias para resolver de fondo⁸. En virtud de lo anterior se ofició a las entidades accionadas así como al peticionario, para que rindieran informe sobre los distintos hechos que se relataron en el escrito de demanda.

5.1. A la alcaldía municipal de Sampedra se le ordenó, entre otras cosas, que explicara “por qué razón, a pesar de su afirmación en el sentido de haber realizado la afiliación del accionante a Colfondos S.A., esa entidad niega que el peticionario figure como su afiliado. Allegue a esta Corte los documentos que prueben la referida afiliación e indique la forma en que estos demuestran dicho vínculo. Anexe, en especial, copia de la afiliación del señor Filiberto Enrique Román Beltrán debidamente registrada por Colfondos S.A. u otra AFP”. (fl. 9 Cdo 1 Corte)

El alcalde municipal de Sampedra informó que en conversación sostenida vía telefónica con el servicio al cliente de Colfondos S.A., esa entidad le expresó que (i) aunque se hizo solicitud de afiliación del señor Filiberto Enrique Román Beltrán, la misma fue rechazada y; (ii) en el sistema de información de la AFP se registra que unas sumas de dinero [giradas a nombre del accionante], fueron trasladadas al Instituto de Seguros Sociales en los años dos mil dos (2002) y dos mil tres (2003).

5.2. Al Instituto de Seguros Sociales se le ordenó que relacionara los aportes que recibió por

concepto de pensiones a favor del accionante, indicando el nombre del empleador, las fechas en que los recibió, el manejo que les dio y el destino de los mismos. Igualmente, se le solicitó que respondiera por qué razón el ISS, a pesar de afirmar que el señor Román Beltrán se encuentra afiliado a esa entidad por el riesgo de pensiones desde el veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y cinco (1995), no ha cobrado los aportes que se encuentran en mora desde mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

5.2.1. El Gerente del ISS Seccional Sucre, informó que el señor Filiberto Enrique Román Beltrán “no registra afiliación en pensión con ningún empleador. Se observa que estuvo afiliado en dos oportunidades a la Administradora de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajador independiente” para los periodos: (i) del veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995), al dos (2) de mayo de dos mil seis (2006) y; (ii) del veintitrés (23) de julio de dos mil ocho (2008), al cuatro (4) de agosto del mismo año.

5.2.2. Sobre los aportes presuntamente en mora dejados de cobrar al accionante, el interviniente remitió a lo previsto en el numeral sexto (6°) de la circular 588 del 24 de febrero de 2004 del ISS, la cual señala: “Con la expedición de la Ley 797 de 2003, se introdujo un cambio en la naturaleza de la afiliación de los trabajadores independientes al Sistema General de Pensiones convirtiéndolos en afiliados obligatorios al mencionado Sistema siempre y cuando subsista su vinculación contractual. // Ahora bien, en tratándose de trabajadores independientes, por el hecho de haber cambiado la condición de afiliados voluntarios a afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones, ello no significa que se les debe recibir o cobrar los aportes efectuados en forma atrasada, pues las características dadas por el legislador a esta clase de trabajadores, en lo tocante a la forma y pago de sus cotizaciones, no fueron alteradas, y en consecuencia éstas continuarán abonándose por mes anticipado y no por mes vencido”.

5.3. A BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. se le ordenó que explicara por qué razón negó la solicitud pensional del accionante, a pesar de haber recaudado los aportes a pensión de este durante varios años.

El representante legal para asuntos judiciales de BBVA Horizonte S.A., informó que (i) el actor no ha estado afiliado a esa compañía, toda vez que no ha diligenciado o radicado ante ella

formulario de vinculación; (ii) aunque los empleadores del demandante (alcaldía municipal de Sampedra y gobernación de Sucre) efectuaron aportes en el fondo de pensiones BBVA Horizonte S.A. a nombre del señor Filiberto Enrique Román Beltrán, ese hecho no implica de manera alguna que el peticionario haya estado afiliado a esa AFP; (iii) con fundamento en el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994, mediante comunicación de data diez (10) de abril de dos mil siete (2007), la gobernación del departamento de Sucre solicitó ante el BBVA, el traslado de los recursos consignados a nombre del accionante, con destino a Citi Colfondos S.A., por considerar que esa era la AFP a la que se encontraba vinculado el actor; (iv) como consecuencia de lo anterior, el interviniente asegura que el veintitrés (23) y veintisiete (27) de abril de dos mil siete (2007), BBVA Horizonte S.A. trasladó a Citi Colfondos S.A. los dineros que se encontraban depositados en su entidad por concepto de aportes a pensión del demandante, junto con el rendimiento generado por los mismos; (v) el peticionario, por medio de escrito de dos (2) de agosto de dos mil seis (2006), había solicitado a BBVA Horizonte S.A. el reconocimiento de su pensión de invalidez. La AFP, en comunicación del trece (13) septiembre de dos mil seis (2006), rechazó la petición del actor. Fundó su decisión en similares argumentos a los que ahora expresa en el trámite de tutela.

5.4. A la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Sucre se le ordenó que enviara informe a esta Corporación en que respondiera la siguiente pregunta: “¿al momento de determinar la fecha de estructuración de la invalidez del señor Román Beltrán, tuvo en cuenta el importante deterioro que este venía sufriendo en su estado de salud desde el año 2003, las distintas incapacidades que por enfermedad común le dio su EPS de forma periódica desde el año 2003 al 2006 y el contenido de su historia clínica desde por lo menos el año 2002? En su respuesta deberá indicar, además, qué valoración dio a los anteriores elementos de juicio, y su incidencia en la decisión adoptada al emitir el concepto de invalidez y fecha de estructuración”. (fl. 288 Cdo. 1 Corte)

5.5. A la Nueva EPS para que informara sobre el estado de la afiliación del peticionario y el tratamiento médico que le estaba brindando. En respuesta al requerimiento de la Corte, la Nueva EPS señaló que el actor “registra en la base de datos de afiliados a la Nueva EPS, en calidad de cotizante independiente con fecha de afiliación 1º de agosto de 2008...” (fl. 23 Cdo. 1 Corte). Sobre el tratamiento suministrado al accionante, manifestó que estaba siendo prestado en la IPS Clínica Sampedra y el Hospital San Ignacio de Bogotá.

5.6. Al Hospital San Ignacio de Bogotá se le solicitó que remitiera a esta Corte informe en el que describiera “el actual estado de salud física y psicológica del paciente Filiberto Enrique Román Beltrán (c.c. 7.493.322), el cual según información de la Nueva EPS está siendo atendido en ese Hospital”. (fl. 289 Cdno. 1 Corte). A través de su representante legal, el Hospital San Ignacio de Bogotá remitió a esta Corporación disco compacto con la historia clínica del actor.

5.7. Al señor Filiberto Enrique Román Beltrán, para que expusiera a la Corte las condiciones socioeconómicas de existencia de su núcleo familiar. En comunicación dirigida a este Tribunal, el accionante indicó lo siguiente: “No poseo bienes muebles e inmuebles de valor significativo, lo único que tengo es mi humilde vivienda, fruto de mi trabajo de toda mi juventud, donde he convivido todo el tiempo con mi núcleo familiar y actualmente resido con mi esposa, (...) casco urbano del municipio de Sampués, cuyo valor comercial no supera los quince millones (\$15.000.000.00) de pesos. // No tengo ingresos económicos por que mi estado de salud me imposibilita trabajar. Los gastos que debo erogar para sostener mi núcleo familiar conformado por mi esposa, mensualmente asciende más o menos a unos ochocientos mil (\$800.000.00) pesos, viéndome obligado por mi incapacidad para trabajar, a recurrir a la caridad de mis familiares, para poder mitigar las necesidades económicas de mi hogar, ya que mi esposa es una persona de la tercera edad, no trabaja, no disfruta de pensión, ni mucho menos tiene bienes”.(fl. 412 Cdno. 2 Corte)

Medida Provisional

6. Por medio de auto del diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010), por considerar urgente y necesario adoptar medidas de protección del derecho constitucional a la seguridad social del peticionario, la Sala Novena de Revisión, ordenó al Juez Primero Laboral del Circuito de Sincelejo que suspendiera el trámite del proceso ordinario laboral radicado bajo el número 70.001.31.05.001.2009-00203-00, promovido por Filiberto Enrique Román Beltrán contra la gobernación departamental de Sucre y otros en ese despacho judicial, hasta tanto la Corte Constitucional dictara sentencia de revisión de tutela en el presente asunto. En el análisis del caso concreto, luego de abordar importantes elementos fácticos y jurídicos del sub iudice, la Sala se pronunciará sobre las razones que justificaron la adopción de esta medida provisional.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

a. Problema jurídico planteado

De acuerdo con los hechos expuestos y las precisiones realizadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar (i) si la presente acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que asegura el accionante tener derecho. En este sentido, de manera específica, la Corte deberá determinar si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada. De encontrar procedente la acción, la Sala establecerá (ii) si el ISS, Citi Colfondos S.A. y BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. vulneraron los derechos constitucionales del accionante a la seguridad social y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez con el argumento de que no se encontraba afiliado a esas empresas y; (iii) si el departamento de Sucre vulneró los mismos derechos al actor al negarle el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez con el argumento de que había trasladado el riesgo pensiones a las entidades administradoras del sistema general de seguridad social.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional reiterará su jurisprudencia sobre (i) las condiciones constitucionales para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al reconocimiento y pago de acreencias pensionales; (ii) la inoponibilidad que tienen los trámites administrativos respecto de quien ya reunió los requisitos para acceder a una pensión y; (iii) los fundamentos normativos de la pensión de invalidez consagrada en el artículo 39 de la ley 100 de 1993. Posteriormente, la Sala aplicará estas reglas para solucionar el caso concreto.

b. Solución del problema jurídico

Las condiciones constitucionales para la procedencia excepcional de la acción de tutela frente al reconocimiento de pensiones. Reiteración de jurisprudencia.

1. En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento de derechos de naturaleza pensional⁹. “La

consideración anterior encuentra fundamento en el principio de subsidiariedad que caracteriza la acción de tutela, y en la existencia, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de mecanismos de defensa judicial ordinarios, en principio idóneos para resolver las disputas originadas en el trámite del reconocimiento y pago de este tipo de acreencias prestacionales”¹⁰.

1.1. Sin embargo, esta Corporación, con el objeto de armonizar el alcance de los principios de subsidiariedad de la acción de tutela y efectividad de los derechos fundamentales, precisó que en determinados eventos excepcionales, el amparo constitucional procede con el preciso fin de salvaguardar bienes constitucionales cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del caso concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido.

Para este efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de subreglas que operan en escenarios constitucionales en los que se persigue el reconocimiento de derechos pensionales. Así, el Tribunal Constitucional ha estudiado dos situaciones distintas, cuando la acción de tutela (i) se interpone como mecanismo principal o; (ii) se ejercita como medio de defensa iusfundamental transitorio, a efectos de evitar un perjuicio irremediable¹¹.

Al respecto, en sentencia T-235 de 2010, la Corte Constitucional expresó lo siguiente: “Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados¹². A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela¹³. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva”.

Del mismo modo, el operador judicial debe examinar la situación fáctica que rodea el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de

procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia T-651 de 2009 expresó:

“En relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.)-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos¹⁴. En este sentido, en reciente jurisprudencia, esta Corporación precisó que “en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho (...)”.

1.2. Igualmente, para la prosperidad material de la acción de tutela cuando con ella se intenta proteger un derecho de naturaleza pensional, esta Corporación, atendiendo a la excepcionalidad que rige al amparo constitucional en estos casos, ha exigido la acreditación de los siguientes elementos: (i) la existencia y titularidad del derecho reclamado, (ii) un grado importante de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado y; (iii) la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho prestacional.

1.2.1. En cuanto a la certeza sobre la titularidad del derecho a la pensión y la diligencia del demandante al reclamar la salvaguarda de sus derechos, el Tribunal Constitucional en sentencia T-414 de 2009 puntualizó:

“4.2.4 En cuarto lugar, esta Corporación ha afirmado que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia¹⁵. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, 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, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya

resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad-16”.

1.2.2. En relación con la afectación del mínimo vital de quien solicite el amparo, es pertinente recordar que esta Corporación en sentencia T-249 de 2006 señaló: “Así, con relación a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: ... (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”. (Énfasis añadido).

1.3. En conclusión, de manera excepcional la acción de tutela es procedente para reconocer y exigir el pago de prestaciones pensionales. Ello, cuando quiera que: (i) no exista otro medio de defensa judicial, o que existiendo, se establezca que atendiendo a las condiciones del caso concreto y de quien reclama el amparo, éste no resulta idóneo y eficaz para obtener la protección del derecho presuntamente conculcado. En este evento, el amparo procede de manera definitiva; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección judicial idóneo y eficaz, se haga necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor, evento en el cual la tutela procederá en forma transitoria. Adicionalmente, para la prosperidad material de la acción de tutela, el operador judicial debe advertir que (a) exista prueba sobre la titularidad del derecho pensional reclamado y del ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada y; (b) la afectación del mínimo vital del peticionario esté demostrada en el proceso.

Los trámites administrativos no pueden obstaculizar el reconocimiento del derecho a la pensión a quien ya ha reunido los requisitos para acceder a la misma. Reiteración de jurisprudencia.

2. De acuerdo con el artículo 48 de la Carta Política, la seguridad social es un bien constitucional jurídicamente tutelado que goza de una doble connotación. De una parte, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado¹⁷. De otra, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del

territorio nacional¹⁸.

En lo que concierne a su faceta como derecho constitucional, esta Corporación en sentencia T-414 de 2009 precisó algunos de los elementos que le dan sustento a esta garantía. En esa dirección, el Tribunal indicó que “(...) el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad”.

2.1. Asimismo, en la sentencia en cita, la Corte Constitucional en armonía con lo consagrado en los distintos instrumentos internacionales¹⁹ que sobre el reconocimiento, desarrollo y respeto del derecho a la seguridad social ha suscrito el Estado colombiano²⁰, resaltó los aspectos mínimos exigibles a los Estados cuando de la garantía del anotado derecho se trata:

“En este orden, dichos elementos comprenden: (1) la existencia de un sistema que garantice las prestaciones y servicios sociales correspondientes a la atención en salud, las consecuencias derivadas de la vejez, la incapacidad para trabajar, el desempleo, los accidentes y enfermedades profesionales, así como la atención especial y prioritaria a los niños, las mujeres en estado de embarazo, los discapacitados y los “sobrevivientes y huérfanos”; (2) la razonabilidad, proporcionalidad y suficiencia de las prestaciones en relación con las contingencias que busquen atender; (3) la accesibilidad al sistema, específicamente, la garantía de cobertura plena, la razonabilidad, proporcionalidad y transparencia de las condiciones para obtener los beneficios y prestaciones, la participación ciudadana en su administración y el reconocimiento oportuno de las prestaciones”²¹. (Subrayado añadido).

Ahora bien, el derecho a una pensión, como componente del derecho a la seguridad social, tiene apoyo constitucional en distintas normas superiores. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-177 de 1998 puntualizó:

Igualmente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia que se comenta reconoció que el derecho a una pensión tiene un contenido constitucionalmente protegido. Sobre el particular expresó:

“Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48)”.

2.2. De acuerdo con lo expuesto, resulta pertinente indicar que la Corte Constitucional de forma constante ha sostenido que “una vez la persona reúne los requisitos necesarios para acceder a una pensión, no puede ser sometida a obstáculos o barreras que impidan el reconocimiento de su derecho pensional²²”²³. Bajo tal perspectiva, esta Corporación se ha encargado de estudiar diversas situaciones en las que personas que reunieron los requisitos para hacerse acreedoras a una pensión han visto obstaculizado el goce y disfrute de su derecho por trámites administrativos y controversias legales a las que no tendrían por qué estar sometidas.

2.2.1. Así, en sentencia T-634 de 2008, este Tribunal se ocupó del caso de una mujer de la tercera edad que habiendo reunido los requisitos para acceder a una pensión de vejez se le negaba el reconocimiento de su prestación con el argumento de que existía discusión en torno a la entidad que debía efectuar la liquidación y el pago de la pensión. Al estudiar la procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional señaló cuanto sigue:

“Cabe destacar, que una de las situaciones excepcionales en las cuales este Tribunal ha encontrado procedente la acción de tutela, es la que se produce cuando una persona que ha trabajado toda su vida para tener derecho a una pensión, ve obstruido el reconocimiento y pago de su derecho por razones meramente burocráticas o por disputas interadministrativas cuyo origen y solución no está al alcance del titular del derecho.”.

Realizada esta consideración, la Corte declaró la procedibilidad del amparo constitucional y procedió a identificar cuál era la entidad que de conformidad con el ordenamiento jurídico y las condiciones fácticas del caso concreto, tenía la obligación de asumir la carga pensional de la demandante. Establecida la responsabilidad prestacional, la Sala de revisión dispuso el

pago de la pensión por parte de quien se vislumbraba como la principal obligada, facultándola para que realizara los respectivos trámites de recobro ante las entidades que tuvieran que concurrir al pago de la mesada y, autorizándola a promover proceso judicial ante el juez competente, con el objeto de que discutiera allí su responsabilidad laboral.

En efecto, en la sentencia que se comenta la Corte señaló:

“En dichos eventos el mecanismo constitucional procede, de manera transitoria, para ordenarle el pago a la entidad que, en principio, aparezca como responsable de la obligación. Esta entidad, sin embargo, queda autorizada para repetir contra la otra o las otras entidades que, en su criterio, deben asumir, total o parcialmente, la respectiva obligación. En un proceso posterior, el juez competente puede reasignar la responsabilidad por el pago de la obligación y condenar a la entidad responsable al pago de los perjuicios causados.²⁴ Ello por cuanto, la disputa entre estas entidades no puede afectar a quien tiene el derecho a su pensión de jubilación. Como lo ha señalado esta Corporación, esta disputa y la carga que ella conlleva, debe asignarse a las entidades que, por su estructura administrativa y financiera, tienen capacidad para asumir transitoriamente la carga pensional en discusión, y no por el titular del derecho de cuya satisfacción depende la realización de su derecho fundamental al mínimo vital²⁵”.

2.2.2. Del mismo modo, en sentencia T-1084 de 2007 la Corte Constitucional avocó la revisión del caso de una mujer de la tercera edad a quien se le había negado el reconocimiento de su pensión de vejez porque las entidades potencialmente encargadas de reconocerla afirmaban no ser competentes para tramitar la solicitud pensional. La Corte, después de identificar la entidad obligada a reconocer la prestación, le ordenó que procediera a liquidar y sufragar la respectiva mesada, dejándola en libertad de controvertir su responsabilidad ante el juez competente, y facultándola para que buscara el reintegro de las cotizaciones realizadas en otras entidades. Expresó la Sala lo siguiente:

“Establecido entonces que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez es la entidad administradora de pensiones que recibe o a quien le corresponde recibir el monto de las cotizaciones, en el periodo que la prestación se causa (...) el amparo invocado tendrá que concederse, en el sentido de disponer que se proceda al reconocimiento de la prestación sin mayor dilación.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho del Seguro Social de exigir al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reintegro de las cotizaciones recibidas por éste y de adelantar si así lo considera, acciones judiciales encaminadas a la reparación de los daños que el error cometido por el municipio de Barrancabermeja podría haberle causado.”.

2.2.3. De otra parte, en sentencia T-893 de 2008 la Corte analizó el caso de una mujer de escasos recursos a quien se le negó la sustitución de la pensión de jubilación de que era beneficiario su esposo. En aquella ocasión la Corporación encontró que pese a la suscripción de un acuerdo conciliatorio por parte del esposo de la demandante con su empleador en el que renunciaba a su pensión, la obligación prestacional se mantenía incólume en cabeza de los herederos del patrono ya que se trataba de una garantía irrenunciable.

Verificada la existencia del derecho, la Corte distribuyó la imposición pensional entre los herederos del empleador particular, tomando en cuenta su diversa capacidad de pago. Igualmente, ante la extrema vulnerabilidad de la accionante, el Tribunal Constitucional trasladó a los demandados en tutela, la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria dentro de los 4 meses siguientes a la notificación de la sentencia, so pena de tornarse en definitiva la resolución del asunto dado en tutela.

En el caso que se comenta, la Corte hizo énfasis en la flexibilidad que tiene el juez de tutela para impartir las órdenes que resulten necesarias para la protección de un derecho constitucional. Al respecto la Corte manifestó:

“De este modo, se resalta un atributo cardinal de la tutela, acción judicial “que busca ofrecer a las personas un remedio efectivo cuando la jurisdicción ordinaria no se lo brinda y en la cual el juez debe ponderar, a partir de los hechos del caso, no solo la decisión más razonable sino ante todo la orden que tendrá el efecto práctico de garantizar el goce efectivo del derecho constitucional fundamental amenazado o violado”²⁶. Pues “[l]a tutela, es, en esencia, una jurisdicción de equidad constitucional en defensa de la dignidad humana y de los derechos fundamentales”.”.

2.2.4. De forma similar había actuado la Corte en sentencia T-726 de 2007, en aquella ocasión se trataba de una persona en condición de discapacidad a la que la administradora de riesgos profesionales le había negado el reconocimiento de su pensión de invalidez con el argumento de que el origen del accidente que produjo la invalidez del actor no era

profesional sino común, y por ende la obligación pensional recaía, a su juicio, en la AFP y no en la ARP.

Al construir los fundamentos jurisprudenciales de su sentencia, la Corte recalcó lo siguiente:

“Adicionalmente, la Corte ha indicado que cuando el no pago se origina en una disputa entre las entidades eventualmente responsables sobre cuál de ellas debe asumir la obligación y en qué montos, el juez puede ordenar el pago a la entidad que, en principio, parezca con un mayor grado de responsabilidad. Si esto no es posible, puede ordenar el pago compartido o incluso el pago a la entidad que parezca mas solvente y sólida, mientras en el proceso ordinario que corresponda, las entidades públicas o aseguradoras resuelven definitivamente este conflicto de orden económico.

A este respecto, la Corte ha señalado que resulta abiertamente desproporcionado trasladar los efectos de una discusión de la naturaleza descrita al titular de la pensión. No puede olvidarse que en estos casos, mientras de un lado se encuentra una persona que ha satisfecho cumplidamente todos los requisitos para acceder a la pensión y que necesita de esta renta para poder satisfacer sus necesidades básicas, del otro, se encuentran empresas aseguradoras para quienes el pago podría implicar un perjuicio económico pero no la violación de un derecho fundamental. En estos casos, las empresas privadas o entidades públicas que han sido transitoriamente obligadas al pago de la pensión, tendrán pleno derecho a demandar a la empresa o entidad que consideren responsable de la obligación y solicitar el pago de lo no debido y la totalidad de los perjuicios causados”²⁷.

Al abordar el análisis del caso concreto, la Corte concedió la tutela al constatar que, de una parte, el accionante reunía los requisitos para acceder a su pensión de invalidez y, de otra, se estaba viendo afectado en su mínimo vital por la conducta omisiva de la ARP. En consecuencia, el Tribunal le ordenó a la ARP que asumiera el pago de la pensión del actor, y teniendo en cuenta que ya el accionante en tutela había acudido a la jurisdicción ordinaria en búsqueda de la garantía de sus derechos, le facultó para que desistiera ante el juez ordinario de la demanda laboral, pues la carga de promover el proceso ordinario laboral le correspondía a la entidad de riesgos profesionales y no al trabajador que se había visto afectado en sus derechos fundamentales. Al respecto, la Corte precisó:

“Si Suratep no estaba de acuerdo con el concepto de la Junta era esta empresa y no el actor,

quien debía acudir a la jurisdicción laboral para obtener una decisión definitiva al problema planteado. En consecuencia, dado que la carga procesal que se exige al actor no tiene sustento constitucional alguno y resulta desproporcionada teniendo en cuenta la grave situación económica por la cual atraviesa y bajo el entendido de que la misma surgió como efecto de un incumplimiento grave de las obligaciones constitucionales fundamentales de Suratep, la Sala autorizará al actor para desistir de la demanda laboral de la referencia, caso en el cual las costas del proceso deben correr a cargo de quien, según las consideraciones hasta ahora realizadas, incumplió la obligación a su cargo: la empresa aseguradora Suratep”.

2.3. En conclusión, una vez la persona cumple los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico para acceder a una pensión, le son inoponibles las diferentes disputas que se pudieren presentar entre las entidades potencialmente obligadas a garantizar su derecho prestacional. En estos eventos, procede la acción de tutela para amparar sus derechos fundamentales y remover los obstáculos que impiden el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social en su faceta pensional, ordenando el pago de la prestación a la entidad que se presente, en principio, como la principal obligada, y facultándola para que dentro de un término razonable acuda a la respectiva jurisdicción especializada a discutir su responsabilidad.

Fundamentos normativos de la pensión de invalidez consagrada en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Desarrollo y evolución legal. Norma aplicable cuando se ha presentado un tránsito normativo.

3. El legislador, dando cumplimiento al mandato constitucional consagrado en el artículo 48 superior, creó el sistema integral de seguridad social (ley 100 de 1993), el cual contempla un sistema general de pensiones cuyo objeto es “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones” (art. 10). (Subrayado añadido).

3.1. Entre las prestaciones previstas por el legislador en el cuerpo normativo de la ley 100 de 1993, interesa resaltar la denominada pensión de invalidez por riesgo común, diseñada para

cubrir la contingencia invalidez a los afiliados del sistema que por causa de un padecimiento de origen común sufra serias limitaciones para el ejercicio de su actividad laboral²⁸. En particular, esta pensión se establece con similares requisitos en los regímenes de prima media y ahorro individual, en los artículos 39 y 69 de la anotada ley, respectivamente²⁹.

3.1.1. La pensión de invalidez por riesgo común ha sido objeto de diversas modificaciones por parte del legislador, en particular por el artículo 11 de la ley 797 de 2003 y el artículo 1° de la ley 860 de 2003. En la redacción original del artículo 39 se indicaba que el reconocimiento del derecho a esta prestación era procedente cuando se reunieran los siguientes requisitos: “a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez” o; b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

3.1.2. Posteriormente, el artículo 11 de la ley 797 de 2003 reformó el contenido normativo del artículo 39 en comento, introduciendo una distinción entre la invalidez producida por enfermedad y la originada en un accidente. En concordancia con la modificación señalada, el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez implicaba acreditar, según el caso: “1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. || 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.”

Mediante sentencia C-1056 de 2003, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 11 de la ley 797 de 2003, por vicios de procedimiento. A juicio del Tribunal Constitucional, el trámite legislativo dado a la norma demandada vulneró el principio de consecutividad, pues “tan solo fue objeto de aprobación en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes y sobre él no se decidió ni por las Comisiones Séptimas en las sesiones conjuntas, ni tampoco por [el] Senado de la Republica”.

3.1.3. El Congreso de la República, a través de la ley 860 de 2003 nuevamente modificó el

artículo 39 de la ley 100 de 1993. El texto normativo -vigente actualmente-, igualmente diferenció entre la invalidez causada por enfermedad y aquella originada en un accidente. De acuerdo con esta reforma, tendrá derecho a la pensión de invalidez por enfermedad quien se encuentre en estado de invalidez y demuestre que ha cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de su estructuración; o quien por causa de un accidente se halle en estado de invalidez y haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la invalidez; por su parte, los parágrafos 1° y 2°, señalan, respectivamente, que “los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria” y; que “cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

Empero, adicionalmente, la ley 860 de 2003 introdujo un nuevo requisito a la pensión de invalidez por riesgo común, ya fuera por enfermedad o accidente, consistente en acreditar una fidelidad de cotización al sistema general de pensiones “al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que [el afiliado] cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

El Pleno de la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009 estudió la constitucionalidad del llamado requisito de fidelidad incorporado por los numerales 1° y 2° del artículo 1° de la ley 860 de 2003. Al abordar el análisis de la norma, la Corte encontró que dicho requisito aparejaba una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más dispendioso el acceso a la pensión de invalidez³⁰, situación que en principio conduciría a su inconstitucionalidad. En efecto, en la anotada sentencia la Corte expresó cuanto sigue:

“4.9. Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1° y 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante. En la norma -numerales 1° y 2°-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas del “veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional recordó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, correspondía al legislador la carga de desvirtuar la presunción de regresividad que recaía sobre la norma, a través de una argumentación que justificara de forma razonable la necesidad de la reforma³¹. Al continuar su análisis, la Corte concluyó que el legislador no logró demostrar la constitucionalidad de la disposición acusada, y por el contrario, advirtió que el requisito de fidelidad resultaba gravoso frente a las personas de la tercera edad, las cuales incluso no podrían cumplirlo a pesar de cotizar el 100% de los periodos restantes. Al respecto, la Corte puntualizó:

“(..). A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En muchos casos, los afiliados de la tercera edad que padecen de discapacidad van a encontrarse con una barrera infranqueable de acceso al beneficio, pues muchos de ellos ya no podrán cumplir el nuevo requisito consagrado en la norma, a pesar de cotizar el 100% de los periodos restantes. Se aprecia la desprotección a la población incapacitada más vulnerable, como es la perteneciente a la tercera edad. (...)”.

En ese orden de ideas, esta Corporación en la sentencia C-428 de 2009 en comento, concluyó “que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, deben ser declarados inexecutable puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”.

3.2. Ahora bien, en sentencia T-043 de 2007, la Corte Constitucional, teniendo en cuenta los

problemas de aplicación a casos concretos que podría generar los múltiples cambios normativos sufridos por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, dedicó un apartado al análisis del principio de favorabilidad en la determinación de la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

3.2.1. En un primer momento, la Corte estableció las fechas entre las cuales estuvo vigente cada una de las normas que regularon los requisitos de la pensión de invalidez. En ese sentido señaló lo siguiente:

“7.1. A partir del tránsito normativo al que se hizo referencia anteriormente, se advierte que desde el 1º de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor el sistema general de pensiones (Ley 100/93, art. 51), han estado en vigencia cuatro modalidades de regulación en materia de densidad de cotizaciones para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a saber: Desde 1994 hasta el 28 de enero de 2003, estuvieron vigentes las reglas de la redacción “original” del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Luego, la Ley 797/03 modificó los requisitos, regulación que tuvo vigencia hasta el 11 de noviembre de 2003, fecha en la que esta Corporación declaró inexecutable el artículo 11 de la mencionada Ley por vicios de procedimiento en su formación. Así, en consideración a lo planteado por la Corte en el sentido que la declaratoria de inexecutable de una norma derogatoria conlleva la reincorporación al ordenamiento de la norma derogada³², el modelo legal del artículo 39 de la Ley 100/93 pervivió desde el 12 de noviembre de 2003 hasta el 29 de diciembre del mismo año, fecha en la que entró en vigencia la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1º modificó el artículo 39 citado”.

3.2.2. Del mismo modo, el Tribunal indicó que la norma que gobernaba la solución del asunto relativo a la asignación y reconocimiento de la pensión de invalidez, era aquella que estuvo vigente al momento de estructurarse la invalidez. Al respecto la Corporación precisó:

“El artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales, por ser de orden público, producen efecto general e inmediato, por lo que no tiene efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente

al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente (Ley 100/93. arts. 42 y 43)".

3.2.3. Luego, la Corte se preguntó "¿qué sucede en aquellos eventos en que la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez era el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, norma que es luego declarada inexecutable y, en consecuencia, expulsada del ordenamiento jurídico en razón de los efectos de la cosa juzgada constitucional (Art. 243 C.P.)?". Al abordar el interrogante propuesto, el Tribunal encontró que se presentaba una situación particularmente problemática, "puesto que otorgar validez a la aplicación del precepto declarado inconstitucional contraería el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional en los términos del artículo 243 Superior. Empero, el efecto general e inmediato que la ley dispone para las normas laborales obligaría, en principio, a aplicar la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez".

Ante la incertidumbre sobre cuál debía ser la norma aplicable en la hipótesis planteada, la Corporación advirtió que la Constitución Política en su artículo 53 consagra el principio de favorabilidad en materia laboral, desarrollado a nivel legislativo por el artículo 21 del código sustantivo del trabajo. Según este precepto, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador, la cual deberá aplicarse en su integridad.

En efecto, en la sentencia que se examina la Corte puntualizó:

"7.9. El análisis efectuado permite a la Corte inferir que para el evento analizado, existen argumentos razonables y suficientes que permiten defender la aplicación al caso concreto de los preceptos de la Ley 100/93 u otra norma favorable, en contraposición a los de la Ley 797/03 en lo referente a la determinación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la estructuración de la discapacidad operó durante la vigencia de este último precepto. Ante la duda comprobada sobre la determinación de la norma aplicable, resulta perentoria la aplicación por parte del juez del principio constitucional de favorabilidad laboral, según el cual debe preferirse la norma que imponga condiciones menos gravosas al trabajador para la consolidación de una situación jurídica particular. En ese sentido, el estudio de los preceptos mencionados demuestra que las reglas del artículo 11

(sic) [39] de la Ley 100/93 en su versión “original” muestran las condiciones más favorables de acceso a la prestación, en tanto exige una menor densidad de cotizaciones y omite el requisito de fidelidad mínima al sistema”.

3.3. En conclusión, (i) la pensión de invalidez contemplada en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 ha sido objeto de diversas modificaciones por parte del legislador, consagrando durante sus distintas vigencias requisitos disímiles para su reconocimiento; (ii) por regla general la norma aplicable a un trabajador que reclama su pensión de invalidez es aquella que estaba vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez y; (iii); las personas cuya invalidez se estructuró entre el 28 de enero de 2003 y el 12 de noviembre del mismo año, están cobijadas por la versión original del artículo 39 de la ley 100 de 1993, por ser esta disposición la que les otorga una condición más favorable para el acceso a dicha prestación. En esa dirección, para hacerse acreedor a la pensión de invalidez, este grupo poblacional debe reunir los siguientes requisitos: “a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez” o; b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”

c. Del caso concreto

Cuestión previa

1. Como se indicó en el antecedente 1.7 de esta sentencia, el accionante presentó en el año 2008 acción de tutela contra algunas de las entidades que figuran como accionadas en el presente asunto. Por esa razón, se hace necesario estudiar la probable improcedencia de la acción de tutela por efecto del artículo 38 del decreto 2591 de 1991 -por el cual se reglamenta el ejercicio de la acción de tutela- en el que se establece que “[c]uando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que la disposición citada contiene una norma que prohíbe la presentación de dos o más tutelas, con base en los mismos supuestos fácticos y con el fin de satisfacer la misma pretensión material. Ese mandato tiene la

finalidad de evitar conductas que, de manera dolosa o caprichosa, congestionen el aparato judicial y restrinjan el derecho fundamental del acceso a la administración de justicia de otros ciudadanos, mediante el ejercicio abusivo del derecho a la tutela efectiva y el desconocimiento del principio de lealtad procesal.

En ese orden de ideas, este Tribunal ha establecido que la acción de tutela es temeraria e improcedente cuando: “desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y ... expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”³³, y ha puntualizado que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: “(i) [i]dentidad de partes, (ii) identidad de hechos, (iii) identidad de pretensiones³⁴”³⁵, y (iv) ausencia de justificación para la presentación de la nueva demanda.³⁶

1.1. En el sub judice la acción de tutela presentada en el año 2008 y la que ahora ocupa la atención de la Sala, ciertamente envuelven situaciones fácticas y jurídicas disímiles que las hacen diferentes. Un hecho resulta fundamental para arribar a esta conclusión, en la acción de 2008 el actor aún no había sido evaluado por la junta regional de calificación de invalidez, y por ello, no era procedente establecer si existía el derecho a una pensión de invalidez, caso que se revela distinto a la actual acción, en la que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral ya ha sido fijado, y por ende, se hace procedente estudiar el posible reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del accionante.

1.2. Una consideración adicional se hace necesaria para desvirtuar la temeridad e improcedencia del amparo constitucional por efecto del artículo 38 del decreto 2591 de 1991: la diversidad de partes que operan en una acción respecto de la otra. El actor, con fundamento en el dictamen de la junta regional de calificación de invalidez de Sucre, interpuso acción de tutela únicamente frente al departamento de Sucre en el presente asunto, fue la propia Corte Constitucional la que decidió vincular al trámite a las entidades que igualmente fungen como accionadas en la acción de 2008, así como a la junta regional de calificación de invalidez de Sucre, entidad que como se verá, tendrá una participación esencial en el presente amparo constitucional e introducirá aspectos fácticos y jurídicos que hacen substancialmente disímil esta acción con respecto a la de 2008.

1.3. Las precisiones realizadas llevan a la Corte Constitucional a concluir que la presente acción de tutela no resulta temeraria e improcedente por virtud del artículo 38 del decreto 2591 de 1991.

De la procedibilidad formal y la procedencia material de la acción de tutela en el presente caso.

2. La Sala estima que en esta oportunidad la procedibilidad del amparo constitucional se encuentra estrechamente vinculada al estudio de las presuntas violaciones a los derechos fundamentales del actor y a las condiciones especiales del presente asunto. Esto significa que la probable vulneración iusfundamental incide directamente en la procedibilidad del amparo solicitado. Por tanto, en el desarrollo del caso concreto, con el objeto de evaluar la presunta vulneración alegada y la plausibilidad de una eventual orden de amparo constitucional, se hará un análisis que integrará, al mismo tiempo, el estudio de los requisitos formales de procedibilidad y materiales de prosperidad de la acción de tutela³⁷.

En esa medida, la Corte partirá por exponer las condiciones materiales de subsistencia del accionante y analizará la diligencia del actor en la búsqueda de una adecuada protección a sus derechos; posteriormente se verificará la existencia del derecho a una pensión de invalidez a favor del demandante y se identificará la entidad que tendría que encargarse de reconocer la obligación pensional. Finalmente, de constatarse la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario y la necesidad de adoptar medidas de protección, la Sala, con respaldo en los elementos recién descritos, determinará si los medios de defensa judicial ordinarios resultan idóneos y eficaces para proteger los derechos conculcados y si por consiguiente el amparo constitucional resulta procedente.

3. La Sala constató que el actor se encuentra en condiciones de extrema vulnerabilidad, es sujeto de especial protección constitucional y se ha mostrado diligente al momento de buscar el respeto de sus derechos constitucionales.

3.1. En efecto, en el escrito de demanda de tutela, así como en el informe rendido a esta Corte bajo la gravedad de juramento, el accionante manifestó que no posee bienes muebles e inmuebles de valor representativo, cuenta únicamente con una casa de habitación ubicada en una zona estratificada en el nivel 2 socioeconómico de Sincelejo, ni él ni su esposa tienen rentas o ingresos económicos fijos por sumas significativas de dinero, se halla desempleado y

sin posibilidad física de realizar algún trabajo, el último cargo desempeñado fue el de celador grado uno en el departamento de Sucre en el año 2006, y su manutención depende de los dineros que sus familiares -también de escasos recursos- le aportan de forma periódica (fls. 412 a 430 Cdno. 2 Corte).

3.2. En la misma dirección, se tiene que el actor cuenta actualmente con 69 años de edad y se encuentra en condición de discapacidad con una pérdida de fuerza laboral del 69.10% a mayo 6 de 2008, fecha de la junta de calificación de invalidez que evaluó sus condiciones físicas. Esto sin perjuicio del deterioro propio de la enfermedad de párkinson que hace inferir el empeoramiento de las condiciones de salud del demandante y la probable disminución de su expectativa de vida a la fecha (fls. 414 a 427 Cdno. 2 Corte).

3.3. En armonía con lo expuesto, resulta relevante destacar algunos apartes de la historia clínica del accionante, que además de llevar al convencimiento sobre la precaria situación de salud del actor y el progresivo deterioro de su patología, evidencian que incluso desde antes de la terminación de su relación laboral con el departamento de Sucre tenía serios padecimiento médicos.

Así, se observa que le fueron reconocidas licencias por enfermedad (incapacidad) en los meses de julio, agosto, octubre, y diciembre de 2004; mayo, marzo, junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 2005 y; enero, febrero, marzo y mayo de 2006, cada una por un término de 30 días (fls. 172 a 212 Cdno. 2 Corte)³⁸. De conformidad con la historia médica del accionante, el 16 de junio de 2003 la Clínica General de Sucre indicó que este tenía un “cuadro clínico de aprox. (sic) 06 años de evolución caracterizado inicialmente por trastorno de la marcha y dificultad para agarrar objetos con las manos. Evolución progresiva apareciendo posteriormente temblor distal de reposo en las 4 extremidades” (fl. 144 Cdno. 2 Corte). Posteriormente, en junta neuroquirúrgica de febrero 7 de 2008 celebrada en el Hospital San Ignacio de Bogotá, se indicó: “paciente con enfermedad de parkinson severa, que ha producido incapacidad y deterioro total en su calidad de vida. Ha sido refractario a manejo médico adecuado. Requiere cirugía funcional mediante estimulación cerebral profunda bilateral” (fl. 309 Cdno. 1 Corte).

3.4. Aunado a lo expuesto, es de resaltar que los sujetos procesales de la parte accionada, pese a tener la carga de la prueba en lo que a sus intereses respecta, no controvirtieron las

afirmaciones que sobre sus condiciones económicas y de salud realizó el accionante en su demanda de tutela, ni agregaron al proceso documentos u otros elementos de juicio que permitieran desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado la Corte en torno a las circunstancias de existencia del demandante.

3.5. Igualmente, es pertinente señalar que el demandante se ha mostrado diligente en la búsqueda de una adecuada protección a sus derechos. En ese sentido, ha elevado distintas reclamaciones administrativas desde por lo menos el año 2006 ante la gobernación departamental de Sucre, el ISS, las AFP Citi Colfondos S.A. y BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., e incluso inició proceso ordinario laboral en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo -el cual se encuentra en curso-, sin que hasta el momento, y a pesar de su diligencia, haya encontrado una adecuada solución a su situación pensional.

3.6. Así las cosas, el análisis integrado de los anteriores elementos demuestran a la Sala que el actor (i) se ubica en una posición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad; (ii) es sujeto de especial protección constitucional; (iii) actualmente tiene seriamente comprometido su derecho fundamental al mínimo vital y; (iv) ha cumplido con la carga de buscar la protección de sus derechos constitucionales mediante diversos mecanismos administrativos y judiciales.

De la titularidad del derecho a una pensión de invalidez.

4. En el presente caso, para determinar la norma aplicable al momento de resolver sobre la pensión de invalidez reclamada, la Corte debe establecer cuál fue la fecha de estructuración de la invalidez del actor, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la norma aplicable a un trabajador que reclama su pensión de invalidez es aquella que estaba vigente a la fecha de la estructuración de la misma (Supra 3.2.2.).

4.1. En el sub iudice, el accionante anexó a sus demandas ante el juez constitucional de tutela y el ordinario laboral, un dictamen de la junta regional de calificación de invalidez de Sucre que lo declara inválido con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 69.10%, le señala como fecha de estructuración el 28 de abril de 2008 y cataloga su invalidez como de origen común³⁹ (fls. 80 a 83 Cdo.1 Juzgado). Asimismo, aparece un documento enviado a esta Corporación por dicha junta regional (aclaración de dictamen de calificación N°. 150 del 5 de mayo de 2008), en el que se informa que la fecha de estructuración de la invalidez

del actor corresponde en realidad al 16 de junio de 2003, manteniéndose igual el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el origen de la invalidez (fls. 7 a 12 Cdno. 2 Corte).

4.2. En cuanto al origen del documento enviado a esta Corte por la junta regional, es preciso indicar que este Tribunal al advertir posibles inconsistencias en la fecha de estructuración de la invalidez del accionante registrada en el dictamen presentado por el demandante ante los jueces laboral y constitucional de tutela, decidió (i) vincular al trámite de amparo a la anotada junta⁴⁰ y; (ii) decretar y practicar pruebas tendientes a verificar la auténtica fecha de estructuración de la invalidez del actor (Supra 5.4.).

Ante cuestionamiento realizado por esta Corte sobre la idoneidad de la experticia que determinó la fecha de estructuración de la invalidez del actor, el secretario de la referida junta de calificación indicó que por error involuntario se consignó como fecha de estructuración de la invalidez el 28 de abril de 2008, y no el 16 de junio de 2003, día en que en verdad habría operado la misma. Al respecto, el aludido secretario aseveró: "... estamos haciendo la respectiva corrección pidiendo las disculpas del caso. Revisado el expediente y de acuerdo a los soportes encontrados en la Historia Clínica la fecha de estructuración de la enfermedad es el 16 de junio de 2003". (fl. 7 Cdno. 2 Corte)

Igualmente, anexó original de la aclaración de dictamen de calificación N°. 150 del 5 de mayo de 2008, suscrito por los miembros de esa junta evaluadora, en el que se señala lo siguiente: "paciente evaluado por la Junta de Invalidez de Sucre (06-05/08) cuya fecha de estructuración de la invalidez fue impugnada a través de tutela interpuesta por el afectado, por lo que se procede a la revisión de la historia clínica y el dictamen correspondiente de la JCI de Sucre. // Una vez revisada toda la documentación pertinente del caso se concluye que la fecha de estructuración corresponde a la fecha 16-06/03 y no a la fecha 28-04/08 ya que la historia clínica elaborada por el neurólogo clínico en fecha anotada es concluyente en el sentido que dicha evaluación corresponde a la sintomatología que el paciente viene y ha presentado repetidamente relacionada con enfermedad clásica del sistema nervioso central como parkinson (trastorno bilateral), cuyo tratamiento y recomendaciones se encuentra acorde con dicho diagnóstico". (fl 12 Cdno Corte 2)

En concordancia con lo anterior, es menester señalar que la Corte a través de auto de 6 de mayo de 2010 ordenó poner en conocimiento de los sujetos procesales los documentos

enviados por la junta regional a los que se ha hecho referencia, para que se pronunciaran sobre ellos si así lo consideraban pertinente. Sin embargo, vencido el término de traslado las partes guardaron silencio, aspecto que conllevó la firmeza de la referida aclaración pericial que fijó como fecha de estructuración de la invalidez el 16 de junio de 2003.

4.3. En conclusión, la fecha de estructuración de la invalidez del actor que tiene plenos efectos jurídicos en el presente asunto es la de 16 de junio de 2003, por ser la que mejor se acomoda a la verdad material y procesal del presente asunto⁴¹.

4.4. Ahora bien, al momento de la estructuración de la invalidez del actor, el sistema general de pensiones contenido en la ley 100 de 1993 le era aplicable a los trabajadores del departamento de Sucre y del municipio de Sampués, así como a quienes se encontraban afiliados al ISS y a los fondos privados de pensiones⁴².

Bajo tal óptica, siendo la invalidez del actor de origen común y teniendo como fecha de estructuración el 16 de junio de 2003, la norma aplicable en principio sería la consignada en el artículo 11 de la ley 797 de 2003 entonces vigente. No obstante, como lo ha señalado esta Corporación, “las personas cuya invalidez se estructuró entre el 28 de enero de 2003 y el 12 de noviembre del mismo año, están cobijadas por la versión original del artículo 39 de la ley 100 de 1993, por ser esta disposición la que les otorga una condición más favorable para el acceso a dicha prestación” (Supra 3.3.).

En ese sentido, para hacerse acreedor a la pensión de invalidez a la luz de los presupuestos del artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original, deben reunirse los siguientes requisitos: “a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez” o; b) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

4.5. En el presente caso, como al momento de producirse el estado de invalidez al actor se le estaban realizando las deducciones correspondientes a aportes a pensión, el supuesto de hecho que se acomoda a su situación fáctica es el contenido en el literal “a” del artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original. De ahí que de conformidad con este requisito el actor satisfaga las previsiones legales para acceder a su pensión de invalidez, como pasa a

analizarse.

En efecto, está acreditado que (i) Filiberto Enrique Román Beltrán laboró desde el 20 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2002 en la administración municipal de Sampedano (fls. 213-214 Cdo. 1 Corte); (ii) el 01 de enero de 2003 fue trasladado sin solución de continuidad desde la alcaldía de Sampedano a la planta de personal del departamento de Sucre en donde prestó sus servicios como celador grado 1 hasta el 20 de febrero de 2006 (fl. 263 a 271 Cdo. 1 Corte); (iii) a lo largo de su vinculación con la administración municipal y posteriormente con la departamental, le fueron descontados de su salario mes a mes los aportes correspondientes a pensión (fls. 215 a 254 Cdo. 1 Corte) y; (iv) según dictamen de la junta regional de calificación de invalidez de Sucre, el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 69.10% estructurada el 16 de junio de 2003, aspecto que de acuerdo con el artículo 38 de la ley 100 de 1993 le confiere la calidad de inválido.

4.6. De este modo, está probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez en cuantía que habría de liquidarse de conformidad con las normas pertinentes de la ley 100 de 1993 (en especial el artículo 40), y demás disposiciones concordantes del ordenamiento jurídico.

Del responsable de asumir la carga de reconocer y sufragar la prestación pensional a la que tiene derecho el actor.

5. Según se indicó en los fundamentos jurisprudenciales de esta providencia, “una vez la persona cumple los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico para acceder a una pensión, le son inoponibles las diferentes disputas que se pudieren presentar entre las entidades potencialmente obligadas a garantizar su derecho prestacional” (Supra 2.3.). En estos eventos, ha dicho la Corte, la acción de tutela procede para amparar los derechos constitucionales conculcados y remover los obstáculos que impiden el goce efectivo del derecho pensional, “ordenando el pago de la prestación a la entidad que se presente, en principio, como la principal obligada, y facultándola para que dentro de un término razonable acuda a la respectiva jurisdicción especializada a discutir su responsabilidad” (Supra 2.3.).

Así las cosas, establecida la existencia del derecho a una pensión de invalidez cuya

titularidad radica en cabeza del señor Filiberto Enrique Román Beltrán, la Sala, atendiendo al material probatorio obrante en el proceso, debe determinar quién es, en principio, el responsable de reconocer y sufragar los dineros correspondientes a la pensión de invalidez del actor.

5.1. Como ya se ha señalado, el accionante requirió ante el ISS, su empleador y las AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y Citi Colfondos S.A., el reconocimiento de su pensión de invalidez sin obtener una respuesta favorable a su pretensión.

La alcaldía municipal de Sampués y la gobernación de Sucre excusaron su comportamiento aduciendo que en su calidad de empleadores del actor trasladaron el riesgo pensiones a Citi Colfondos S.A., entidad a la que aseguran afiliaron al accionante. Por su parte, el ISS y las AFP Citi Colfondos S.A. y BBVA Horizonte S.A., rechazaron la solicitud del actor alegando para ello que el accionante nunca estuvo vinculado a esas entidades.

5.2. Toda vez que la situación pensional del peticionario siempre ha estado regulada por la ley 100 de 1993 -y no por el decreto 1848 de 1969 como lo sostuvo el departamento de Sucre-, para la Corte resulta evidente que los artículos 1743 y 2244 de esa ley, normas que imponen al empleador el pago de las cotizaciones a pensiones, y el decreto 1642 de 1995 -“por el cual se reglamenta la afiliación de trabajadores al sistema general de pensiones”-, son vinculantes para la administración departamental de Sucre, empleador del accionante al momento de estructurarse su invalidez.

En ese sentido, es pertinente indicar que los incisos 1° y 4° del artículo 8 del decreto 1642 de 1995 prescriben que “En todos los casos, respecto de aquellos trabajadores que hubiesen sido afiliados por fuera del término a cajas, fondos o entidades de previsión social del sector público del nivel nacional o territorial, o del sector privado, las prestaciones que llegaren a causarse durante tal periodo por razón de invalidez o de muerte por riesgo común, serán reconocidas y pagadas por la caja, fondo o entidad que lo afilió por fuera de término. // (...) Para los empleadores del sector público del nivel territorial, el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez o de sobrevivientes por riesgo común, que se hubiesen causado durante el periodo de no afiliación al Sistema General de Pensiones, se efectuará por parte del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Territorial correspondiente, con cargo a los recursos que le deben destinar las entidades territoriales para tal fin”. (Énfasis añadido)

Del mismo modo, resulta necesario advertir que en sentencia T-721 de 2009, esta Corporación señaló que “[e]l ordenamiento jurídico colombiano, a través de la anotada ley [100 de 1993], radicó en cabeza de todo empleador, la obligación impostergable de afiliar a sus trabajadores al sistema general de seguridad social” y enfatizó que “la referida obligación del empleador y el correlativo derecho del trabajador, debe realizarse en la práctica, pues, para tener por cumplido el mandato que el legislador impuso sobre el empleador, no es suficiente su simple acatamiento formal sino, ante todo, su materialización”⁴⁵.

Bajo ese marco, la gobernación departamental de Sucre, en caso de no acreditar que afilió al accionante al sistema general de pensiones, tendría que asumir el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de invalidez del actor, pues esta se causó en vigencia de la relación laboral que sostuvo con Filiberto Enrique Román Beltrán.

En su respuesta, Citi Colfondos S.A. reconoció que se trataba de un formulario usado por la compañía en los procesos de afiliación, sin embargo indicó que el ejemplar puesto a su consideración no era legible, se encontraba sin diligenciar en su totalidad, no contaba con el sello de Citi Colfondos S.A., no era posible identificar la firma que allí aparecía suscrita, no había sido radicado en la empresa y no obraba copia del mismo en el archivo de la compañía. Lo anterior, aseveró el representante de Colfondos S.A., era consistente con “el hecho de que no se reporta afiliación a Citi Colfondos S.A.” a nombre del demandante (fl. 473 Cdno. 2 Corte).

5.4. La Sala encuentra que el departamento de Sucre no logró probar a la Corte la afiliación del trabajador Filiberto Enrique Román Beltrán al fondo de pensiones Citi Colfondos S.A. Ello por cuanto: (i) sin que implique tarifa legal, lo cierto es que el diligenciamiento del formulario de afiliación valida la vinculación a ese sistema y en esa medida se constituye en documento relevante al momento de probar la adhesión a ese sistema. En el proceso de tutela, sin embargo, existen serias dudas sobre la idoneidad del formulario allegado al expediente, incertidumbre que debe ser resuelta por el juez ordinario competente, pues los argumentos expresados por Citi Colfondos S.A. para negar la existencia de la afiliación se presentan, en principio, razonables; (ii) no obra prueba en el expediente que conduzca a la Corte al convencimiento sobre la efectiva afiliación del accionante a la AFP Citi Colfondos S.A., máxime cuando el empleador no allegó al proceso la comunicación de que trata el artículo 11

del decreto 692 de 199446 y; (iii) en vigencia de la relación laboral la alcaldía municipal de Sampedra y la gobernación de Sucre no realizaron aportes a Citi Colfondos S.A. en calidad de empleadores del actor, aspecto que habría implicado para el fondo la carga de requerir a quien realizó la consignación con el objeto de determinar el motivo de la misma, situación que no acaeció justamente porque las entidades territoriales no efectuaron aportaciones a esa AFP.

5.5. El departamento de Sucre alega igualmente que BBVA Horizonte S.A. al recibir durante varios años los aportes a pensión del demandante y no expresar al respecto reproche alguno, asumió la responsabilidad de responder por la contingencia que el accionante ahora reclama por vía constitucional.

Frente a este argumento, resulta pertinente indicar que ciertamente el artículo 10 del decreto 1161 de 199447, impone a la aseguradora la obligación de comunicar al empleador sobre el pago de aportes de personas que no figuran como sus afiliados tan pronto tenga conocimiento de esa circunstancia. Al respecto, es menester señalar que la norma no contempla expresamente como consecuencia específica del incumplimiento de dicha disposición, la admisión de una especie de afiliación de hecho del sujeto a nombre del cual se consignan los aportes, sino la obligación de abonar las sumas respectivas en una cuenta especial de personas no vinculadas y su posterior devolución a quien las depositó erradamente, o el traslado de los dineros al fondo de pensiones al que en verdad se encontrare afiliado el sujeto⁴⁸. De este modo, si bien la Corte Constitucional evidencia que BBVA Horizonte S.A. obró de manera negligente al incumplir su obligación y mantener durante un buen término bajo su administración dineros que no le correspondían, no impondrá a dicha AFP la carga de asumir la pensión, pues su responsabilidad definitiva tendría que discutirse en un eventual proceso ordinario o contencioso administrativo, escenario idóneo para esclarecer el compromiso de dicha AFP en el reconocimiento de la pensión del accionante.

5.6. En el proceso de tutela igualmente se encuentra acreditado que el accionante figuró en la base datos del ISS como afiliado en calidad de trabajador independiente durante los periodos del 24 de marzo de 1995 al 2 de mayo de 2006 y del 23 de julio de 2008 al 4 de agosto del mismo año. Tal circunstancia podría implicar respecto de esa entidad la obligación de atender el pago de la pensión invalidez del demandante.

La Sala, no obstante, no impondrá en sede de tutela ninguna obligación al ISS por las siguientes razones: (i) de conformidad con los documentos que obran en el proceso, es notorio que ni el accionante ni su empleador hicieron aporte alguno a esa entidad y; (ii) la Corte Constitucional ha entendido que en el evento en que un trabajador se encuentre afiliado a una AFP privada o a la administradora del régimen del prima media (ISS) sin que estas hayan efectuado el cobro de los aportes en mora, se configura un allanamiento a la mora que hace responsable a la entidad de reconocer la contingencia que el riesgo cumplido hubiere podido originar. Sin embargo, esa regla ha tenido aplicación en casos en los cuales la afiliación del sujeto se ha dado en calidad de trabajador dependiente, evento en el que el artículo 24 de la ley 100 de 199349 faculta al fondo de pensiones a realizar los cobros coactivos de rigor al empleador incumplido. En el sub judice empero, la afiliación del señor Román Beltrán con el ISS se dio en condición de trabajador independiente, por lo que el ISS no tenía conocimiento alguno sobre la existencia del empleador del accionante y por ende, no tenía la posibilidad de elevar cobros contra este.

5.7. Visto el anterior escenario, la Corte concluye que la gobernación departamental de Sucre es la encargada de reconocer y pagar la pensión de invalidez a la que tiene derecho Filiberto Enrique Román Beltrán. En esa dirección, el ente departamental, al negar la pretensión pensional del accionante a través de resolución 1416 de 2007 y abstenerse de resolver de fondo la nueva petición que realizara el demandante en escrito del 31 de julio de 2008, vulneró los derechos constitucionales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Román Beltrán, pues como se ha explicado, el departamento de Sucre, al no perfeccionar la afiliación a un fondo de pensiones de su trabajador, comprometió su responsabilidad en el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del accionante, y debía por ello asumir la carga de liquidar y sufragar la misma.

De la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial en el sub examine.

6. Establecido que el departamento de Sucre vulneró el derecho a la seguridad social en su contenido pensional del actor y afectó su mínimo vital, y que por ello se hace necesario la adopción de medidas urgentes de protección, la Sala analizará si los mecanismos ordinarios de defensa judicial existentes son idóneos y eficaces para otorgar la garantía constitucional requerida por el peticionario.

En los antecedentes fácticos de esta sentencia, la Corte señaló que Citi Colfondos S.A. puso de presente a la Corporación la existencia de un proceso ordinario laboral promovido por el actor de la tutela contra la gobernación departamental de Sucre y otros, en donde igualmente se persigue el reconocimiento del derecho a una pensión de invalidez a favor del demandante.

Al respecto, atendiendo a la condiciones del caso concreto la Corte observa que debido a: (i) la precaria situación económica y médica del accionante; (ii) su avanzada edad y condición de discapacidad; (iii) los diferentes obstáculos que para alcanzar el goce y disfrute a una pensión de invalidez ha tenido que afrontar de manera injustificada desde el año 2006 y; (iv) la ausencia en el proceso ordinario laboral de un dictamen que se ajuste a la realidad de su situación fisiológica; hace impostergable la adopción de medidas de protección constitucional que no podrían realizarse oportunamente a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

Así las cosas, la situación planteada revela al Tribunal Constitucional, que la acción de tutela impetrada por Filiberto Enrique Román Beltrán contra el departamento de Sucre y otros, resulta procedente ante la manifiesta ineficacia que los mecanismos ordinarios de defensa judicial muestran en el presente caso.

De las medidas de protección a tomar en el presente asunto.

7. A continuación la Sala analizará la forma de impartir las órdenes necesarias para salvaguardar de manera efectiva los derechos constitucionales conculcados.

7.1. La Corte revocará la sentencia de instancia denegatoria de amparo, y en su lugar tutelaré los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de Filiberto Enrique Román Beltrán. En consecuencia, dejaré sin valor y efecto la resolución 1416 de 2007 proferida por el gobernador de Sucre el 30 de mayo de 2007 por medio de la cual se negó la solicitud de pensión de invalidez del demandante (fl. 57 Cdno. 1 Juzgado) y ordenaré a la gobernación departamental de Sucre que expida un nuevo acto administrativo en el que se reconozca y liquide la pensión de invalidez del señor Román Beltrán, disponiendo su inclusión en la nómina de pensionados de la entidad.

De igual forma, la Corte enfatiza que este no es el escenario idóneo para esclarecer la responsabilidad definitiva del municipio de Sampedo, el ISS y las AFP BBVA Horizonte S.A. y Citi Colfondos S.A., en orden a determinar una posible concurrencia en el pago de la mesada pensional, ya que esta es una labor que corresponde al juez laboral, limitándose la competencia de la Corte a la adopción de las medidas que estima pertinentes para la salvaguarda iusfundamental impetrada por vía de tutela. Esto es, a imponer la carga de reconocer la pensión de invalidez a la entidad que en principio se vislumbra como la principal responsable de asumirla, concediéndole eso sí la facultad de ejercer las acciones ante la jurisdicción competente en busca de la exoneración de su responsabilidad, si a ello hubiere lugar.

7.2. Del mismo modo, en atención a la situación de extrema vulnerabilidad del accionante y a la afectación de su mínimo vital, y de conformidad con órdenes similares adoptadas en las sentencias T-299 de 2010 y T-276 de 2010, la Corte ordenará al responsable de asumir la pensión, el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas dejadas de percibir que se encuentren dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la notificación de esta sentencia, debidamente indexadas a tiempo presente⁵⁰, sin perjuicio de la facultad que le asiste al accionante de acudir a los mecanismos judiciales ordinarios en búsqueda del pago retroactivo de los restantes periodos, si a ellos considera tener derecho.

En diversas oportunidades en las que se han tramitado procesos de tutela de forma simultánea con procesos ordinarios en los que se busca la protección del derecho fundamental a la seguridad social, la Corte Constitucional ha concedido el amparo iusfundamental de forma transitoria mientras el juez de la especialidad laboral resuelve la litis de manera definitiva, y ha remitido copia del fallo de revisión al juez ordinario al considerar que el proceso que allí se surte tendrá similar solución a la otorgada en sede constitucional⁵¹.

En otras ocasiones, atendiendo a determinadas condiciones especiales presentes en cada caso concreto y con el objeto de brindar una efectiva protección al derecho amparado, esta Corporación ha optado por autorizar al afectado el retiro de la demanda ordinaria, trasladando la carga de acudir a la jurisdicción competente al responsable de asumir la obligación pensional (Supra 2.2.1. a 2.3.).

7.3.1. En el presente asunto, como ya se indicó, obra un dictamen de calificación de invalidez allegado por el accionante en sus demandas ante el juez constitucional de tutela y el ordinario laboral, en el que la junta regional de calificación de invalidez de Sucre lo declara inválido con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 69.10% y le señala como fecha de estructuración el 28 de abril de 2008. Asimismo, aparece un documento enviado a esta Corporación por dicha junta regional, en el que se informa que la fecha de estructuración de la invalidez del actor corresponde en realidad al 16 de junio de 2003.

Así, en tanto que en el proceso que se tramita ante el juez laboral únicamente se incorporó el documento que contiene el dictamen proferido por la junta regional de Sucre el 6 de mayo de 2008 y que fija como fecha de estructuración de la invalidez el 28 de abril de 2008, el juez de dicha causa no tendría la posibilidad de evaluar la aplicabilidad del artículo 11 de la ley 797 de 2003, e incluso del artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original, normas estas que, de una parte, son más favorables al peticionario y, de otra, presumiblemente conducirían a dictar fallos contradictorios entre sí en las jurisdicciones ordinaria y constitucional, pues el accionante no cumpliría con el requisito de cotización de las 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, regla que el juez ordinario aplicaría al actor en virtud de la fecha de estructuración del dictamen de calificación de invalidez que reposa en dicho proceso.

Por esta razón, y toda vez que se demostró que el actor reúne los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se encuentra en condición de extrema vulnerabilidad y la acción de tutela resulta procedente de manera definitiva ante la manifiesta ineficacia que los medios ordinarios de defensa judicial representan en el presente caso, el Tribunal Constitucional autorizará al accionante a retirar la demanda ordinaria laboral que cursa en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo⁵², sin perjuicio de la facultad que le asiste por ministerio de la ley al departamento de Sucre, de acudir a la jurisdicción competente a discutir su responsabilidad en el pago de la pensión de invalidez del señor Filiberto Enrique Román Beltrán, proceso en el cual podrá igualmente buscar el reintegro, de parte de quien allí resulte condenado, de los dineros que hubiere pagado en cumplimiento de la sentencia de revisión proferida por la Corte en el presente asunto⁵³.

7.3.2. En el evento en que el departamento opte por acudir a la jurisdicción competente para controvertir su responsabilidad pensional, deberá observar los siguientes parámetros: (i)

demandar a quien(es) considere verdadero(s) responsable(s) de asumir la carga pensional; (ii) en caso de que el juez competente determine que el departamento no es el responsable de asumir la carga pensional pero no pueda imponer la obligación a otra entidad por no haber sido convocada al proceso, el departamento en todo caso deberá continuar garantizando la pensión del actor por no haber acertado al momento de determinar la entidad a demandar y; (iii) deberá continuar sufragando la mesada pensional del accionante durante todo el proceso, hasta tanto otra entidad se haga cargo de la misma, incluso si la sentencia de primera instancia fuere apelada o el expediente llegare a ser objeto de algún recurso extraordinario.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión del término del trámite de revisión, decretada mediante auto del veintidós (22) de febrero de dos mil diez (2010).

Segundo.- Revocar la sentencia denegatoria de amparo proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sincelejo (Sucre) el diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009) en única instancia, y en su lugar, conceder la tutela de los derechos constitucionales al mínimo vital y a la seguridad social de Filiberto Enrique Román Beltrán.

Tercero.- Dejar sin valor y efecto la resolución 1416 de 2007 proferida por el gobernador de Sucre el 30 de mayo de 2007 por medio de la cual se negó la solicitud de pensión de invalidez de Filiberto Enrique Román Beltrán.

Cuarto.- Autorizar al señor Filiberto Enrique Román Beltrán para que, dentro del término de que trata el numeral quinto (5°) de la parte resolutive de esta sentencia, si así lo desea, desista del proceso ordinario laboral radicado bajo el número 70.001.31.05.001.2009-00203-00, promovido por él contra la gobernación departamental de Sucre y otros, que cursa actualmente en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo.

Quinto.- Revocar la medida provisional adoptada en auto del diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010) por la Sala Novena de Revisión en el asunto de la referencia, y en su lugar, ordenar a la Juez Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, conceda un término de diez (10) días al señor Filiberto Enrique Román Beltrán para que este se pronuncie sobre su decisión de desistir o continuar con el trámite del proceso ordinario laboral radicado bajo el número 70.001.31.05.001.2009-00203-00, promovido por él contra la gobernación departamental de Sucre y otros.

La providencia que dicte la Juez Primero Laboral del Circuito de Sincelejo en cumplimiento a lo ordenado por esta Corte deberá ser debidamente notificada a las partes a través de estado, y comunicada telegráficamente al demandante y su apoderado. Si vencido el término concedido el actor no se pronunciare o lo hiciere en forma negativa, la juez reanudará el trámite corriente de dicho proceso ordinario hasta su culminación; en caso contrario, esto es, si el accionante manifiesta su intención de desistir del proceso, la Juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a dicha manifestación, decretará la terminación del proceso y ordenará el inmediato archivo definitivo del expediente, absteniéndose de condenar en costas al demandante.

Sexto.- Ordenar a la gobernación departamental de Sucre, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al archivo definitivo del proceso ordinario laboral radicado bajo el número 70.001.31.05.001.2009-00203-00 que cursa en su contra en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sincelejo, y siempre y cuando el archivo se haya dado por desistimiento del demandante en ejercicio de la autorización otorgada por esta Corte en los numerales cuarto (4°) y quinto (5°) de esta providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar una pensión de invalidez a Filiberto Enrique Román Beltrán y el retroactivo correspondiente a las mesadas pensionales dejadas de percibir dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de notificación de esta sentencia, debidamente indexadas a tiempo presente, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta sentencia (Supra 4.0 a 4.6, 7.1. y 7.2 Del caso concreto).

La gobernación departamental de Sucre al cumplir esta orden, podrá requerir el traslado de

los aportes a pensión del señor Filiberto Enrique Román Beltrán de parte de quien esté administrando o tenga depositados los mismos, a través de los mecanismos administrativos del caso y las acciones judiciales que estime pertinentes.

Séptimo.- Advertir a la gobernación departamental de Sucre que en caso de que promueva acción judicial ante la jurisdicción competente tendiente a controvertir el pago de la pensión de invalidez a la que ha sido condenada en esta providencia y a buscar el reintegro de los dineros que hubiere sufragado en cumplimiento de la misma, deberá seguir y respetar los parámetros trazados en la parte motiva de esta sentencia (Supra 7.3.2. Del caso concreto).

Octavo.- Disponer que el Juez Segundo Laboral del Circuito de Sincelejo, como juez de tutela de única instancia, vigile el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, respetando los deberes y ejerciendo las facultades que como juez constitucional le impone y otorga el ordenamiento jurídico. En especial -y si es del caso-, resolverá las discrepancias que se pudieren presentar en la liquidación de la mesada pensional del actor y en la determinación de la suma correspondiente al retroactivo de las mesadas que dejó de percibir.

Noveno.- Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 En adelante también el accionante, el peticionario o el demandante.

2 Nació el 14 de febrero de 1941. (fl. 80 Cdno.1)

3 En adelante también la gobernación departamental o el departamento.

4 En este aparte se sigue la exposición del accionante. La Sala igualmente complementará la narración con los hechos relevantes que se desprenden de los documentos aportados por el peticionario y la demandada.

5 En adelante también el ISS.

6 En adelante también BBVA Horizonte S.A.

7 En adelante también la Junta Regional.

8 Por la amplitud de las pruebas obrantes en el expediente, en este aparte la Corte sólo hará referencia a aquellas que resultan relevantes para la decisión de revisión. En el análisis del caso concreto, la Sala extenderá su estudio a otros elementos probatorios que no han sido expresamente señalados en este acápite.

9 Por tratarse de una reiteración jurisprudencial, en este apartado la Sala seguirá la exposición realizada en la sentencia T-235 de 2010 sobre las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela frente al reconocimiento de derechos pensionales.

10 Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2010.

11Al respecto, en Sentencia T-239 de 2008 se señaló: “Ahora bien, si de la evaluación que se haga del caso se deduce que la acción es procedente, la misma podrá otorgarse de manera transitoria o definitiva. Será lo primero si la situación genera un perjuicio irremediable, siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción, decisión que tiene efectos temporales¹¹. Y procederá como mecanismo definitivo si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente para dirimir las controversia resulta ineficaz al “no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida” Ver, entre otras, las

sentencias T-414 de 2009, T-004 de 2009, T-284 de 2007 y T-335 de 2007.

12 En sentencia T-668 de 2007 se precisó: “Para la Corte, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, sin duda puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia subsistencia, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención plena del juez constitucional, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de los derechos fundamentales”.

13 Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786 de 2008 expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”. Así mismo, sobre las características que debe reunir el perjuicio irremediable, pueden consultarse las sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-1316 de 2001, T-983 de 2001, entre otras.

14 Véanse las sentencias T-702 de 2008, T-681 de 2008 y T-607 de 2007.

16 Sobre este aspecto se pueden consultar las sentencias T-567 de 2007, T-529 de 2007 y T-432 de 2005.

17 En atención a la sentencia C-623 de 2004, la seguridad social “cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho”.

18 Sobre el particular, en la sentencia C-623 de 2004, la Corte estableció que la seguridad

social como derecho implica, de un lado, la posibilidad de exigir al Estado “la realización de un hecho positivo o negativo (...) consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa”, y por otro, para su efectiva realización, “la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema”.

19 El artículo 93 de la Constitución Nacional establece que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Para una completa caracterización de la figura del bloque de constitucionalidad y las disposiciones normativas que lo conforman se puede consultar la sentencia C-488 de 2009.

20 Para una relación y análisis de los convenios y tratados que consagran el derecho a la seguridad social y hacen parte del bloque de constitucionalidad, ver sentencias T-414 de 2009, T-090 de 2009, T-448 de 2008 y T-468 de 2007.

21 Corte Constitucional, sentencia T-414 de 2009.

22 Al respecto, ver entre otras las sentencias T-SU-430 de 1998, T-668 de 2007 y T-634 de 2008.

23 Corte Constitucional, sentencia T-758 de 2009.

24 Ver la Sentencia T-691 de 2006.

25 Ídem.

26 Sentencia SU-837 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 En la misma sentencia la Corte justificó su decisión de trasladar a las empresas aseguradoras la obligación de acudir a la jurisdicción ordinaria de la siguiente manera: “Obligar a la persona que tiene derecho a la pensión a esperar a la culminación de un proceso ordinario, trabado entre las entidades eventualmente responsables del pago, para poder acceder a su mesada, resulta abiertamente desproporcionado. En este sentido, las empresas aseguradoras o las entidades públicas suelen tener la capacidad económica

para asumir temporalmente el pago de la mesada pensional, mientras para la persona discapacitada que ha honrado cumplidamente sus obligaciones con el sistema, el costo que aparea el no pago de su pensión – mientras las entidades resuelven cuál de ellas es la obligada –, puede resultar absolutamente injusto y devastador”.

28 El artículo 38 del sistema integral de seguridad social, señala que se considera inválida, a efectos de hacerse acreedor a una pensión de invalidez, la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

29 Al respecto, el artículo 69 de la Ley 100 de 1993 señala lo siguiente: “El estado de invalidez, los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38,39, 40 y 41 de la presente Ley”.

30 En la sentencia C-428 de 2009 la Corte Constitucional se refirió al principio de progresividad de los derechos sociales en los siguientes términos: “Esta Corporación, retomando e interpretando las normas tanto de la Constitución como de los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad³⁰, ha señalado que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida por el estándar logrado. En otras palabras, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, por contradecir, prima facie, el mandato de progresividad³⁰”. Mas adelante el Tribunal Constitucional agregó: “En el mismo sentido, y como garantía de compromiso con la progresividad, está claro que una norma que se presente como desfavorable frente al estándar de protección en materia de derechos económicos, sociales y culturales, habrá de presumirse regresiva³⁰, por lo que se impone una carga especialmente rigurosa al Estado que se vea en la necesidad de aplicarla, de darle una consideración particularmente cuidadosa a la medida, que además deberá justificarse plenamente, como única forma para desvirtuar la presunción”.

31 En cuanto al juicio de constitucionalidad que recae sobre una disposición que se presuma regresiva, la Corte Constitucional en sentencia C-507 de 2008 indicó lo siguiente: “Como ya lo ha explicado esta Corte, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional,

corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparea³¹”.

32 Sobre este tópico puede consultarse las sentencias C-501/01, C-427/02 y C-357/03.

33 Sentencia T-1215 de 2003. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández.)

34 Cfr. Sentencias T-502 de 2008, T-568 de 2006, T-184 de 2005, entre muchas otras.

35 Vid. Sentencia T-568 de 2006; otras, en las cuales se efectúa un recuento similar son las providencias T-020 de 2006, T-593 de 2002, T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-263 de 2003 T-707 de 2003.

36 Cfr. T-568 de 2006, T-951 de 2005, T-410 de 2005, T-1303 de 2005, T-662 de 2002 y T-883 de 2001.

37 Igual criterio se aplicó en las sentencia T-758 de 2009 y T-595 de 2007.

39 La Sala infiere que en el proceso ordinario laboral únicamente obra el dictamen que fija como fecha de estructuración de la invalidez el 28 de abril de 2008. Esto por cuanto la aclaración al dictamen pericial allegado a la Corte por la junta regional de calificación de invalidez de Sucre fue proferido cuando el expediente ordinario ya se encontraba al despacho de la señora juez para proferir sentencia ordinaria. Igualmente, la Corte observa que la Juez Primero Laboral del Circuito de Sincelejo no decretó la práctica de prueba alguna encaminada a realizar una nueva evaluación sobre la invalidez del actor.

40 La Corte justificó la decisión de vincular al proceso de tutela a la junta regional de calificación de invalidez de Sucre de la siguiente manera: “...es de suma importancia, para la debida conformación del contradictorio, la vinculación de la mencionada Junta Regional de Calificación de Invalidez, toda vez que, según se evidencia del expediente, por una parte, el actor venía padeciendo serios quebrantos en su salud desde el año 2003, no obstante, la

Junta Regional fijó como fecha de estructuración de invalidez el 28 de abril de 2008. De otra, en el dictamen emitido por la Junta Regional no se observa, en principio, una motivación suficiente que dé cuenta de las razones de naturaleza técnico-científica que sustentaron la decisión de estructurar como fecha de invalidez el 28 de abril de 2008". (fl. 286 Cdno. Corte 1).

41 El 13 de mayo de 2008 BBVA Horizonte S.A. envió a esta Corte escrito en el que señaló: "Finalmente, es pertinente señalar que BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. no tiene ninguna observación en relación con el dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez de Sucre en relación con el señor Filiberto Enrique Román Beltrán remitido con su oficio, en la medida en que esta sociedad administradora no es parte interesada en el mismo, ya que el señor Filiberto Enrique Román Beltrán no es afiliado al fondo de pensiones obligatorias administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.". (fl. 404 Cdno. 2 Corte).

42 El parágrafo del artículo 151 de la ley 100 de 1993 prescribe que "El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental". El magistrado sustanciador, por medio de auto del 11 de mayo de 2010 ordenó a la alcaldía municipal de Sampedra y a la gobernación departamental de Sucre, que certificaran a la Corte en qué fecha entró a regir la ley 100 de 1993 en la respectiva entidad territorial. La alcaldía municipal de Sampedra informó a la Corte Constitucional que el 30 de junio de 1995 comenzó a regir el sistema general de pensiones para los servidores públicos de esa municipalidad; mientras que el departamento de Sucre señaló que el sistema general de seguridad social en pensiones contenido en la ley 100 de 1993 fue puesto en vigencia para los servidores públicos de esa administración departamental a partir del 13 de marzo de 1995 por medio del decreto 0083 de la misma fecha.

43 El siguiente es el contenido normativo del artículo 17 de la ley 100 de 1993: "Obligatoriedad de las cotizaciones. <artículo modificado por el artículo 4 de la ley 797 de 2003. el nuevo texto es el siguiente:> durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. // La

obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. // Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”.

44 El siguiente es el contenido normativo del artículo 22 de la ley 100 de 1993. “Obligaciones del empleador. el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”.

45 Corte Constitucional, sentencia T-721 de 2009. En la sentencia que se comenta, la Corte Constitucional concedió la tutela del derecho fundamental a la salud de una persona a la cual su empleador había intentado afiliarse sin éxito al régimen de seguridad social en salud. El Tribunal consideró que el empleador, con el envío -a la EPS- de los documentos pertinentes para llevar a cabo la afiliación de la accionante, no cumplió con su obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud de su trabajadora. En esa medida, ordenó al empleador que pagara a la actora los dineros correspondientes a los gastos hospitalarios en que incurrió.

46 El siguiente es el contenido normativo parcial del artículo 11 del decreto 692 de 1994: “Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. // La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar. (...)”. (Énfasis añadido)

47 Decreto por el cual se dictan normas en materia del sistema general de pensiones. El contenido normativo del artículo 10 es el siguiente: “Consignaciones de personas no

vinculadas. Cuando se reciban cotizaciones de personas que no aparezcan vinculadas a la respectiva administradora o fondo de pensiones, las administradoras, inmediatamente detecten el hecho y en todo caso dentro de los veinte (20) días calendario siguientes a la recepción, abonarán las sumas respectivas en una cuenta especial de cotizaciones de no vinculados. // Así mismo, las administradoras deberán requerir a la persona que haya efectuado la consignación, con el objeto de determinar el motivo de la misma. Si la consignación obedeciere a un error, los dineros serán devueltos a la persona que la efectuó. // Cuando las cotizaciones se hubieran entregado a una administradora del Régimen de Prima Media y correspondieren a una persona vinculada a otra administradora o a un fondo de pensiones, las mismas, previas las deducciones a que haya lugar, deberán ser trasladadas dentro de los cinco (5) días hábiles inmediatamente siguientes a aquel en el cual se conozca el nombre del destinatario correcto de aquellas. Si las cotizaciones se hubieran efectuado a un Fondo de Pensiones, la devolución de los dineros deberá efectuarse dentro del término señalado, junto con sus valorizaciones a que se hace referencia en los incisos anteriores del presente artículo. // Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el Decreto 903 de 1994. // Parágrafo. En los eventos en los que de conformidad con lo previsto en el presente artículo, hubiere lugar a devolver o trasladar las sumas recibidas, la respectiva administradora estará facultada para descontar, a título de gestión de administración, una suma no superior a la comisión que se cobre a quienes se encuentren cesantes, de conformidad con lo que al efecto determine la Superintendencia Bancaria”.

48 Esta consideración se realiza sin perjuicio de lo que eventualmente pudiere estimar el juez ordinario competente sobre la interpretación y sentido del artículo 10 del decreto 1161 de 1994 y la responsabilidad de la AFP Horizonte S.A. en la causación de la pensión de invalidez del actor.

49 El contenido normativo del artículo 24 de la ley 100 de 1993 es el siguiente: “Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo”.

50 El departamento de Sucre al momento de liquidar el monto de la mesada pensional y

establecer el valor retroactivo de las mesadas dejadas de percibir, observará por lo menos los siguientes parámetros, en lo pertinente: (i) para determinar el porcentaje del ingreso base de liquidación debe tener en cuenta todo el tiempo que el actor laboró en el municipio de Sampués y el departamento de Sucre, esto es el periodo del 20 de enero de 1994 al 20 de febrero de 2006; (ii) aplicará las normas pertinentes de la ley 100 de 1993, en especial el artículo 40, el artículo 178 del C.C.A., y las demás normas concordantes del ordenamiento jurídico; (iii) seguirá la fórmula de indexación empleada por la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2005 y; (iv) en ningún caso el monto de la mesada pensional podrá ser inferior al salario mínimo mensual legal vigente. La Corte dispondrá asimismo, que las controversias que se pudieren presentar al momento de liquidar el monto de la pensión y el valor del retroactivo, sean solucionadas por el juez de tutela de primera instancia, a quien se le asignará la vigilancia sobre el cumplimiento a lo dispuesto en esta sentencia, sin perjuicio de lo que llegare a concluir el juez ordinario en un eventual proceso laboral.

51 Al respecto ver sentencia T-550 de 2008.

52 La Juez igualmente se abstendrá de condenar en costas al demandante en la medida que se ha demostrado en el trámite de tutela la responsabilidad del departamento de Sucre en el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante, sin perjuicio de la condena que decida o no imponer a los restantes sujetos procesales.

53 La orden adoptada en sede de Revisión resulta igualmente viable en la medida que los sujetos procesales del proceso ordinario laboral referido tuvieron la oportunidad de comparecer al presente trámite de tutela.