

Sentencia T-854/07

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público obligatorio/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Derecho irrenunciable

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Doble dimensión

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Alcance/DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia

Referencia: expediente T-1610708

Acción de tutela instaurada por Lilia Galindo Ávila como agente oficiosa de su esposo José Manuel Villavicencio Guerrero contra el Seguro Social.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D. C., doce (12) de octubre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Mauricio González Cuervo y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado

Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Cúcuta.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

La señora Lilia Galindo Ávila, actuando como agente oficioso de su esposo José Manuel Villavicencio Guerrero, interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio en contra del Seguro Social, Seccional Santander, por la violación de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

Los hechos que motivaron la interposición de esta acción de tutela se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. El señor José Manuel Villavicencio Guerrero, persona de la tercera edad, pues cuenta con setenta y seis (76) años de edad, se encuentra en un lamentable estado de salud, lo que lo imposibilita para interponer personalmente esta acción de tutela. En efecto, dentro de las diferentes patologías que afectan la buena salud del accionante se enumeran las siguientes:

* cateterismo izquierdo

* cirugía de corazón abierto, la cual se demuestra en el examen de ecocardiograma Doppler, que se adjunta en el expediente.

* Pérdida de un 70% de la función renal, situación igualmente soportada en dictámenes médicos.

* Dictamen médico del cardiólogo en el que manifiesta que someter al accionante a una cirugía de próstata, constituye un altísimo riesgo a su vida.

* El accionante padece igualmente DIABETES MELLITUS, lo que implica que deba ser inyectado con insulina dos veces al día.

1. El accionante presentó ante el Seguro Social, toda la documentación necesaria para tramitar el reconocimiento de su PENSIÓN DE INVALIDEZ.

1. No obstante, el Seguro Social negó tal petición, argumentando para ello, el hecho de que su último empleador H. ESTEFFEN PROLIBROS S en C, no había pagado los aportes a pensión correspondientes a los meses de febrero a diciembre del año 2000 y enero a mayo del 2001.

1. Advertida esta situación, se interpuso una acción de tutela en contra del referido patrono, la cual en sus dos instancias (septiembre 2 de 2004 y octubre 6 del mismo año) lo condenaron a pagar al Seguro Social la totalidad de las semanas de aportes dejadas de pagar, las que correspondían a un total de cuarenta y cinco (45) semanas. Dictada la anterior orden, el pago se efectuó a plena satisfacción del mismo Seguro Social, entidad que “accedía y convenía en convalidar esos importes, por lo que cobraron vigencia para la época correspondiente”.

1. De esta manera queda en claro que la situación personal del accionante es precaria, pues a más de encontrarse incapacitado para laborar, necesita de un ingreso económico que asegure su mínimo vital, pues por ahora depende en buena medida de la caridad de los amigos, circunstancias que evidencian la vulneración de sus derechos fundamentales a la

seguridad social representada en su pensión de invalidez y a la vida.

1. Ahora bien, como su estado de salud se ha venido deteriorando, se procedió a realizarse una nueva calificación de invalidez, trámite que se cumplió con el beneplácito y correspondiente autorización del Seguro Social. Este nuevo examen de calificación, cuyo costo fue asumido por el interesado, fue realizado el 23 de abril de 2006, y se pudo determinar que para la época la pérdida de capacidad laboral del accionante, se situaba ya en un setenta y dos punto seis por ciento (72.6%), situación que no ha alterado la posición inicialmente asumida por el Seguro Social. Se advierte de todos modos que la estructuración de la invalidez del señor Villavicencio Guerrero se dio el 11 de septiembre de 2001.

1. Señala finalmente la agente oficiosa del accionante que “en el caso peculiar de mi esposo José Manuel, él hizo aportes por más de 36 semanas del año inmediatamente anterior”. Según DNC 007042 del 29 de septiembre de 2004, y se pagó el 28 de octubre de 2004, se comprueba con lo registrado en el inciso 5 del primer folio de la resolución #6825 del 2006 expedida por el I.S.S. que así lo asentó lo mismo que en las planillas de pago y en la liquidación de de semanas que hace el I.S.S.

De conformidad con los anteriores hechos, se solicita en esta oportunidad la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad social del señor José Manuel Villavicencio Guerrero, para que por esta vía excepcional se ordene la protección de los mismos de manera transitoria para evitar un mayor perjuicio irremediable.

2. Intervención de las partes accionadas

Ordena la vinculación del Seguro Social al trámite de esta acción de tutela, y solicita su intervención en el mismo, dicha entidad no se pronunció de manera alguna.

3. Decisión judicial objeto de revisión

En sentencia del 15 de marzo del año en curso, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Cúcuta, negó el amparo constitucional solicitado.

Consideró el a quo que “como en el presente caso la pretensión consiste en que se reconozca la pensión de invalidez que el I.S.S. PENSIONES SANTANDER le ha negado a su esposo en primera y segunda instancia, arguyendo la entidad que al momento de ser declarado inválido el señor JOSÉ MANUEL VILLAVICENCIO GUERRERO, éste no se encontraba cotizando al sistema de pensiones, no acreditando el número de semanas exigidas por la ley para tal fin, concluye este juzgado, que si bien es cierto en estos eventos, por la edad y la enfermedad del accionante, esta acción podría ser más eficaz e idónea que el mismo proceso laboral, para lograr la protección de los derechos alegados, también lo es, que el requisito que echa de menos la entidad no se ha demostrado dentro del presente trámite, no pudiendo el juez constitucional, en razón a la perentoriedad de los términos y el carácter probatorio para resolver el meollo del asunto, entrar a suplantar al juez laboral, para dirimir la controversia suscitada, debiendo entonces acudir el accionante a tal jurisdicción, donde deberá demostrar que el empleador no realizó las cotizaciones a su debido tiempo.”

Así, por existir otro medio de defensa judicial para lograr el reclamo pretendido, se negó la acción de tutela.

4. Pruebas.

* Folios 7 a 9, fotocopia de la intervención hecha por la Gerente encargada del Seguro Social, Seccional Santander en respuesta a un requerimiento judicial hecho por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cúcuta en el trámite de otra acción de tutela, en la que resume las razones por las cuales dicha entidad había negado el reconocimiento pensional reclamado por el accionante.

* Folios 10 a 13, fotocopia de la Resolución 0078 de 2007 expedida por el Seguro Social, Seccional Santander por la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución No. 6825 de julio 24 de 2006, que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Villavicencio Guerrero.

* Folios 15 a 17, fotocopia de la Resolución 12788 de 2006 expedida por el Seguro Social, Seccional Santander por la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución No. 6825 de julio 24 de 2006, que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante.

* Folios 18 y 19, fotocopia de la Resolución No. 6825 de julio 24 de 2006, que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez del actor.

* Folios 21 a 31, fotocopia del oficio DNC NO. 007042 de septiembre 29 de 2004, suscrita por el Jefe del Departamento nacional de Cobranzas del Seguro Social, dirigida al representante legal de H. Estefenn Prolibros y Cía. S. en C. en la que informa lo siguiente:

“Por traslado del Departamento Financiero de la Seccional Norte de Santander, hemos recibido en el Departamento Nacional de Cobranza, copia del oficio No. 3034 del Juzgado Tercero Civil Municipal de Cúcuta, relacionado con el fallo de tutela a favor del Sr. José Manuel Villavicencio Guerrero, C.C. 2.404.656, que ordena en el numeral Tercero: ‘COMUNICAR del fallo de tutela al Instituto de Seguros Sociales al cual se encuentra afiliado el Ex trabajador de la empresa accionada para que adelante las gestiones pertinentes con el fin de obtener el recaudo de los aportes que por concepto de pensiones adeuda dicha entidad.’ (Negrilla y subraya fuera del texto original).

“En cumplimiento de la orden impartida por el juzgado le solicitamos cancelar los aportes adeudados por su empresa a nombre del Sr. José Manuel Villavicencio, para lo cual debe diligenciar formularios de corrección correspondientes a los periodos durante los cuales el Sr. Villavicencio laboró en su empresa.

“La deuda resultante a su cargo debe ser cancelada mediante la presentación y pago de los respectivos formularios de autoliquidación, con sus intereses moratorios, a través de los bancos autorizados para el recaudo de aportes.

“También le estamos remitiendo la relación de los pagos efectuados por su empresa que figuran registrados en la base de datos de autoliquidación a que tiene acceso de consulta el Departamento Nacional de cobranzas.”

El documento continua con un cuadro de pagos pendientes o extemporáneos, discriminados por meses y años.

Sigue el documento en cuestión, señalando lo siguiente:

Los periodos de cotización cancelados en forma extemporánea, si haber pagado los respectivos intereses moratorios, originan deuda a favor del Instituto y a cargo de la empresa.

“Una vez efectuados los pagos le solicitamos a ese Departamento el listado de los sticker con los cuales efectuó las correcciones y canceló los ciclos faltantes, mencionando el número del presente oficio. No se deben enviar fotocopias de los formularios.

“le estamos anexando una relación de las consecuencias previstas en la ley para los empleadores que no paguen en forma oportuna y completa los aportes de seguridad social.”

* Folios 32 a 40 fotocopias de los formularios de autoliquidación de aportes a pensiones del señor Villavicencio Guerrero, correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2000 y enero, febrero, marzo, abril, y mayo de 2001, pagados por la empresa H. Estefenn y Cía. S. en C., pagos que fueron hechos el 28 de octubre de 2004.

* Folios 41 a 67, historia clínica e informes médicos de las diferentes enfermedades que aquejan al accionante, así como copia del dictamen de medicina laboral (folio 67) en el que se determina que la incapacidad laboral del accionante es del 72.6%.

* Folios 68 y 69, declaraciones extraprocesales rendidas bajo la gravedad del juramento por

Teresa Gálvez Zabala y Cesar Gerardo Vásquez Peñaranda en las que confirman que conocen al accionante desde hace más de 15 años, y que a consecuencia de la cirugía de corazón a la cual fue sometido el señor Villavicencio Guerrero, éste no pudo seguir trabajando, razón por la cual ahora depende económicamente de sus hijos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones concordantes.

2. Problema jurídico

En el presente caso se advierte que el accionante, quien cuenta con más de setenta y seis años de edad, se encuentra en lamentable estado de salud, a tal punto que el 11 de septiembre de 2001 se estructuró su estado de invalidez, correspondiendo ésta al setenta y dos punto seis por ciento (72.6%) de capacidad laboral. Por esta razón, solicitó al Seguro Social el reconocimiento de su pensión por invalidez, petición que le fue negada por no cumplir con los requisitos legales establecidos para tal efecto, en tanto aparece probado que no se realizó pago alguno por concepto de aportes a pensión, dentro del año inmediatamente anterior a la estructuración de su invalidez. Si bien los pagos correspondientes a los ciclos de septiembre de 2000 a mayo de 2001, se cancelaron el 28 de octubre de 2004, ello significa que dichos pagos se hicieron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Frente a las anteriores circunstancias, el accionante considera violados sus derechos fundamentales al mínimo vital, y a la vida digna. Para ello pide como mecanismo transitorio la protección de tales derechos a efectos de evitar un mayor perjuicio irremediable.

De conformidad con los anteriores hechos, esta Sala de Revisión expondrá i) la importancia del derecho a una pensión, en este caso la de invalidez, como parte del derecho a la seguridad social; así mismo ii) se indicará cual ha sido la posición de la Corte en relación con la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones; posteriormente, se expondrá iii) la posición jurisprudencial de la Corte en relación con la mora patronal en el

pago de los aportes en seguridad social y su incidencia al momento de entrar a reconocer una pensión, cualquiera que ésta sea, y finalmente iv) se analizará el caso concreto.

3. El derecho a la pensión de invalidez como parte de la seguridad social. Tratamiento constitucional y legal.

La Constitución Política dispone en su artículo 48 que “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”. Además la Carta Política dispuso en el artículo 53, que la seguridad social sería un derecho irrenunciable de todas las persona, por lo cual el Estado deberá garantizar su pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales.

Por su parte, el desarrollo legal del tema se concreta en lo señalado por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 1° señala como objetivo primordial del Sistema General de Seguridad Social “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”. Además, en el artículo 8° de la misma ley se precisa que está conformado en los siguientes términos: “el sistema de seguridad social integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios complementarios que se definen en la presente ley”.

Ahora bien, dentro del ámbito jurisprudencial desarrollado por esta Corporación, se ha establecido que la naturaleza jurídica de la seguridad social, particularmente en lo que se refiere al ámbito pensional, comporta una doble dimensión: por un lado se constituye en un servicio público esencial de carácter obligatorio, dirigido y coordinado por el mismo Estado y, por otra parte, corresponde a un derecho irrenunciable en cabeza de todas las personas, cuya garantía también es responsabilidad del Estado.¹

Dentro del contexto legal relativo al tema pensional, la misma Ley 100 en su artículo 38 establece el derecho a una pensión de invalidez para todas aquellas personas que con ocasión de cualquier enfermedad de origen no profesional o que no haya sido provocada intencionalmente, hubieren perdido el cincuenta por ciento 50% o más de su capacidad laboral.

De esta manera, el reconocimiento de este tipo de prestación en seguridad social, propende por la protección de aquellas personas que al no contar ya con un ingreso económico fruto de su fuerza de trabajo, requieren de todos modos de una fuente de recursos que les permitan asumir y garantizar al menos su subsistencia con unas condiciones mínimas que garanticen igualmente una en condiciones dignas. De esta manera, y en la medida en que el reconocimiento de esta prestación pensional por invalidez, encuentra asidero en normas de rango legal y constitucional, se han establecido unos requerimientos mínimos que deberán cumplirse a plenitud por quien pretenda obtener tal reconocimiento.

Así, el texto original del artículo 39 de la Ley 100 establecía el derecho a la pensión de invalidez, a los afiliados al Sistema General de Pensiones declarados inválidos que cumplieran con alguno de 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.

“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.”

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 860 de 20032, modificó los requisitos así:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

“1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

“2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del

tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

“PARÁGRAFO 1o. 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.

“PARÁGRAFO 2o. 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.”

De conformidad con las normas transcritas, tienen derecho a la pensión de invalidez las personas que por cualquier circunstancia, diferentes a accidentes de trabajo o acciones voluntarias que configuren un estado de invalidez, hayan sufrido una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y cumplan los requisitos para acceder a ella.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones.

Es ampliamente sabido que la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter subsidiario diseñado para la protección de los derechos fundamentales, y que sólo resultará procedente ante la grave e inminente vulneración de los mismos, y cuando no existan otras vías judiciales para su defensa. Con todo, en los casos en los que el juez advierta que esas otras vías judiciales no son lo suficientemente idóneas para garantizar de manera efectiva el amparo de los derechos involucrados, o que las mismas no puedan evitar la materialización de un perjuicio irremediable, ésta procede, principalmente, como medida transitoria, pero podrá ser viable su utilización como mecanismo definitivo, cuando las circunstancias particulares del caso así lo ameriten.

De la misma manera, será el juez quien deberá determinar si los medios ordinarios de defensa son o no idóneos para garantizar la protección adecuada de los derechos fundamentales. Para ello, deberá establecer en términos cualitativos si las acciones ordinarias ofrecen el mismo grado de protección que el que se lograría con el empleo de la acción de tutela³, caso en el cual deberá tener en cuenta el contenido de los derechos fundamentales involucrados.⁴

Ahora bien, retomando la apreciación hecha en relación con la procedencia de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sostenido que dicho perjuicio irremediable se caracteriza por lo siguiente:

“e. En relación con el perjuicio irremediable, éste ha de definirse como una circunstancia cierta, grave e inminente⁵ que atente en contra de los derechos fundamentales de una persona y que por lo mismo requiera una actuación judicial inmediata y urgente⁶ que logre cesar la afectación o amenaza de los derechos protegidos de manera reforzada por la Constitución.

“En sentencia T-225 de 19937 se explicaron los elementos que ha de tener el perjuicio irremediable:

‘ A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

‘B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...)

‘C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

'D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)

'De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio. (...)'."8

Resulta evidente que en aquellos casos en los que la ocurrencia de un perjuicio irremediable es inminente, el juez constitucional concederá de manera transitoria la tutela a los derechos fundamentales invocados como violados por el accionante, cuando se evidencie que los recursos ordinarios establecidos para su defensa, no resulten ser los más idóneos para proteger de manera efectiva y oportuna de tales derechos, los que podrían corresponder al mínimo vital, la salud, la igualdad y la protección especial que se debe a los grupos en estado de debilidad manifiesta, como son las personas de la tercera edad o las personas discapacitadas.⁹

En consecuencia ante una situación de esta gravedad, en la que la inminencia de un perjuicio irremediable es evidente, el juez de tutela deberá tomar medidas de protección urgentes e impostergables.

Finalmente, en lo relacionado con el tema de pensiones¹⁰, la Corte ha señalado la improcedencia general de la acción de tutela para resolver las controversias que se susciten con ocasión del reconocimiento de una pensión, advirtiendo que estas controversias deberán evacuarse a través de la jurisdicción ordinaria, en tanto esta vía es el camino judicial ordinario dispuesto legalmente para tales efectos, y porque para que opere un reconocimiento de este tipo de prestación, ha de cumplirse con una serie de requisitos que sólo corresponden ser valoradas por el juez laboral.¹¹

5. Mora patronal en el pago de los aportes en seguridad social y su incidencia al momento de entrar a reconocer una pensión. Reiteración de jurisprudencia.

Ha sido reiterada la posición jurisprudencial asumida por la Corte en relación con los casos en los que el empleador ha procedido extemporáneamente a efectuar los pagos por concepto de aportes pensionales, al advertir que dicha conducta morosa no puede incidir negativamente en el trabajador. Así, si un trabajador solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivencia, y los recursos que por concepto de aportes en pensión no han sido transferidos por su empleador a la entidad de aseguramiento en pensiones, al trabajador no se le podrá hacer extensivos los efectos negativos de la mora de su empleador. Además, de presentarse estas situaciones de extemporaneidad en el pago de los aportes, los fondos administradores de pensiones, cuentan con mecanismos jurídicos que les aseguren el pago oportuno de dichas sumas de dinero.¹²

Recordemos que en sentencia C-179 de 1997, la Corte sostuvo lo siguiente:

“...no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, por Caxdac, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos.

“En reiterada jurisprudencia la Corte ha indicado que las diferencias que se establezcan entre sujetos ubicados en idéntica situación deben tener fundamento adecuado y razonable y en verdad, bajo ningún punto de vista es razonable que las consecuencias de la desatención de las obligaciones correspondientes a las empresas o a la Caja sean trasladadas al trabajador que ha cumplido y acreditado los requisitos para obtener su pensión y, en lugar de adecuado, es altamente desproporcionado que el peso de esos incumplimientos recaiga de manera tan abrupta sobre el trabajador, privándolo, en la práctica, de su legítimo derecho. Ese sacrificio desmedido, lejos de contribuir a consolidar los fines de la seguridad social los desatiende.

“El criterio de la cancelación efectiva de los aportes por las empresas no resulta atendible como fundamento de una distinción semejante que, en últimas, deviene en sanción aplicable a quienes no han concurrido con su conducta al incumplimiento de las empresas aportantes o a la desidia de la Caja, dotada de instrumentos para lograr la cancelación de las sumas adeudadas”.

Al año siguiente la Sala Plena de la Corte, en sentencia SU-430 de 1998, reiteró su posición

jurisprudencial, al manifestar lo siguiente:

“Evidentemente un trabajador no puede dejar de realizar sus pagos mensuales de aportes al sistema de seguridad social, toda vez que son descontados automáticamente por el empleador del salario correspondiente, así lo dispone el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, al señalar que: “El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno”. Esto significa que es directamente el empleador quien tiene la obligación de cotizar los porcentajes equivalentes al factor prestacional a las entidades prestadoras de salud y administradoras de pensiones, e incluso responder por ello, según lo ha determinado la legislación laboral que al respecto señala en el artículo antes citado: ‘El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador’.”

Más recientemente, en el mismo sentido la Corte consideró:

“No es aceptable hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes en salud o en pensiones, toda vez que, no obstante la falta de transferencia de dichas sumas a las entidades promotoras de salud y a las entidades administradoras de pensiones, al trabajador se le hicieron las deducciones respectivas, de suerte que resulta ajeno a la situación de mora que, por otra parte, debe ser subsanada por dichas entidades mediante el uso de los instrumentos legales antes indicados.”

6. Caso concreto

En el presente caso, el señor José Manuel Villavicencio Guerrero quien cuenta con setenta y seis (76) años de edad, y cuyo estado de salud es precario por coincidir en él varias patologías de suma gravedad, como diabetes mellitus, problemas cardiacos que han requerido cirugías, una deficiencia renal superior al 70%, y problemas prostáticos entre otras enfermedades, presenta igualmente una discapacidad laboral del setenta y dos punto seis (72.6%) por ciento, la cual se estructuró el 11 de septiembre de 2001, razón suficiente para

haber solicitado el reconocimiento de su pensión de invalidez.

No obstante, el Seguro Social negó la petición de reconocimiento pensional por invalidez, sustentado su decisión en el hecho de que el accionante no había cotizado a pensiones durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que se estructuró su invalidez, hecho que ocurrió el 11 de septiembre de 2001. Si bien el Seguro Social reconoce que con fecha 28 de octubre de 2004, su último empleador realizó el pago efectivo de los aportes dejados de hacer entre septiembre de 2000 y mayo de 2001, éstos se hicieron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, con lo cual se demostraba que el accionante no cumplía con el requisito legal dispuesto por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y que dichos pagos posteriores no podían ser tenidos en cuenta para tal reconocimiento.

Bajo estas circunstancias, y ante la inminencia de un perjuicio irremediable, el accionante quien afirma vivir del apoyo que le brindan sus hijos, interpuso esta acción de tutela como mecanismo transitorio, arguyendo para ello, que la negativa de la entidad accionada en reconocerle su pensión de invalidez vulneraba sus derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital.

Conocida en primera y única instancia, esta acción de tutela fue negada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, con similares argumentos a los expuestos por el Seguro Social.

Expresadas así las circunstancias fácticas que rodean el presente caso, así como revisadas las pruebas documentales que obran en el expediente, se advierte que en el presente caso, es clara la violación de los derechos fundamentales del señor Villavicencio Guerrero.

En primera medida, el accionante es una persona de la tercera edad, respecto de quien la Constitución Política en sus artículos 13 y 46 principalmente, predica una especial protección vista su especial vulnerabilidad. De la misma manera, la complejidad en general de su estado de salud, hace aún más precaria su vida, y las condiciones dignas en las que se merece estar viviendo el accionante.

De esta manera, los argumentos jurídicos expuestas por el Seguro Social, y que fueron adoptados igualmente por el juez de instancia en esta tutela, no son de recibo por parte de esta Sala de Revisión.

En efecto, la amplia jurisprudencia proferida por esta misma Corporación ha dejado muy en claro que, las personas que reclaman el reconocimiento de una pensión, no tienen porque asumir o ser adjudicatarias de las cargas y responsabilidades de sus empleadores en lo que respecta al deber de transferir de manera puntual y completa los aportes pensionales de sus trabajadores a los respectivos fondos de pensiones a los cuales estos se encuentren afiliados.

En este punto, resulta importante escindir las obligaciones que conciernen a cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso de reconocimiento y aseguramiento en seguridad social, particularmente en pensiones, es decir: trabajadores, empleadores y fondos de pensiones.

En efecto, tanto el trabajador como su empleador, tienen una obligación de compartir en los términos señalados por la ley, el compromiso económico de hacer una cotización para cubrir el riesgo en pensiones. Así, el empleador descuenta un porcentaje del salario devengado por su trabajador, monto que sumado a un porcentaje a cargo del propio empleador, conforma la cotización en pensiones que deberá ser transferida mensualmente a la entidad administradora de pensiones. Así, la responsabilidad del trabajador para lograr el reconocimiento pensional se limita a cumplir con los requisitos legalmente establecidos según el tipo de pensión cuyo reconocimiento se pretenda (invalidez, vejez, o sobrevivencia), y no es de su resorte verificar y mucho menos responsabilizarse de que su cotización en pensiones sea efectivamente transferida por el empleador a su fondo de pensiones.

Diferente es la obligación que asume el empleador frente a los fondos administradores de pensiones, por cuanto, respecto de éste trámite es su deber remitir de manera puntual y completa las referidas cotizaciones a los fondos de pensiones. Pero también será responsabilidad de dichos fondos, exigir de los empleadores la remisión oportuna de dichas cotizaciones. Por ello, y previendo las posibles demoras en este trámite, el legislador puso a disposición de los fondos de pensiones, herramientas jurídicas para que dicha cobro se haga efectivo.

Así, en el presente caso, si bien al señor Villavicencio Guerrero le fueron hechos los descuentos de ley por concepto de aportes a pensión, su empleador nunca transfirió dichos dineros a su fondo de pensiones, que en este caso corresponde al Seguro Social. Con todo,

dicho pago se hizo tan solo el 28 de octubre de 2004, varios años después de que dichas cotizaciones se habían causado, y obviamente mucho tiempo después de la estructuración de la invalidez del señor Villavicencio Guerrero.

No obstante, de la información contenida en el expediente, se advierte que no solo su último empleador tuvo una conducta omisiva al no transferir oportunamente dichos aportes pensionales al Seguro Social, sino también, que esta última entidad sólo reclamó el pago de dichos aportes, por expreso requerimiento que le fuera hecha por vía judicial, tal y como consta a folio 21 del expediente, en el que el mismo Seguro Social comunica al último empleador¹³ del señor Villavicencio Guerrero, que en virtud de una orden judicial expedida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cúcuta en el trámite de una tutela que promovió el mismo accionante en contra de dicho empleador, obligaba a que el Seguro Social adelantara las gestiones pertinentes con el fin de obtener el recaudo de los aportes que por concepto de pensiones le eran adeudados. Es evidente entonces que el accionante fue quien debió impulsar tanto a su empleador como al Seguro Social a que cumplieran con sus obligaciones, razón por la cual no puede ser él quien deba asumir los efectos negativos de tal situación.

Si bien el accionante no aporta al proceso mayores elementos de juicio que permitan inferir el grado de afectación de sus derechos fundamentales, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de una persona de la tercera edad que ha perdido gran parte de su capacidad laboral, que ya no puede acceder al mercado de trabajo, de modo que el reconocimiento de dicha pensión entra a convertirse en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como para asegurarle unas mínimas condiciones económicas que aseguren de una u otra manera unas condiciones mínimas de vida digna dada su discapacidad. Esta penosa situación coloca al señor Villavicencio Guerrero en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Al respecto ha sostenido ésta Corporación¹⁴:

“La tutela no sólo debe prosperar cuando se trata de personas que han cumplido los requisitos para la pensión de vejez y no les ha sido reconocida por falta de expedición del bono pensional. Igualmente, debe ser tutelado el derecho al reconocimiento de la pensión en conexidad con el mínimo vital de aquellas personas que por su estado de invalidez tienen derecho a tal concesión. Tales personas se encuentran en un estado de indefensión y

limitación que merece una especial protección. Es muy difícil que alguien a quien se le ha reconocido el porcentaje de incapacidad laboral necesario para ser titular de una pensión de invalidez encuentre otro medio de subsistencia diferente a su mesada". (Subrayas no originales)

En este contexto, la Sala observa que obligar al señor Villavicencio Guerrero a que agote como opción principal las vías ordinarias que le aseguren el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez, pues ello conduciría a la consumación de un perjuicio irremediable, no sólo por cuanto dichas vías ordinarias no ofrecen una protección oportuna y eficaz de los derechos del accionante, sino también por su deteriorado estado de salud no le permitiría estar presente a lo largo de dicho proceso judicial.

En consecuencia, existen sobradas razones para que amparen los derechos fundamentales del accionante: a) el grave estado de salud del accionante, aunado a su avanzada edad y su marcada discapacidad laboral, hacen necesaria la protección constitucional inmediata como mecanismo transitorio, mientras la justicia ordinaria decide definitivamente sobre el fondo de la controversia; b) que la omisión del empleador en transferir los aportes pensionales del accionante de manera oportuna, y la omisión judicial del Seguro Social en exigir el pago de los mismos, son circunstancias que no pueden repercutir negativamente en los derechos; y c) que al haberse efectuado el pago de las cotizaciones por parte del último empleador el accionante, demuestra que no fue culpa del ex trabajador dicho retraso.¹⁵

Son estas razones suficientes para conceder, como mecanismo transitorio, la tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor José Manuel Villavicencio Guerrero.

En consecuencia, como medida de protección temporal, se ordenará al Seguro Social, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el accionante, pero no sin antes advertir a este último que dentro del término señalado por el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, deberá acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a fin de que sea dicha autoridad judicial la que se pronuncie de manera definitiva sobre su derecho a la referida pensión.

Con fundamento en las anteriores consideraciones habrá de revocarse el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta que denegó el amparo de los derechos invocados por el señor José Manuel Villavicencio Guerrero y, en su lugar, se concederá la

protección transitoria de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, hasta tanto la jurisdicción ordinaria decida definitivamente sobre la controversia.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 15 de marzo del presente año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, en el trámite de la tutela promovida por la señora Lilia Galindo Ávila como agente oficiosa de su esposo José Manuel Villavicencio Guerrero en contra del Seguro Social, Seccional Norte de Santander. En su lugar, TUTELAR como mecanismo transitorio los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna del señor Villavicencio Guerrero.

Segundo. ORDENAR al Seguro Social, Seccional Norte de Santander, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar al peticionario su pensión de invalidez.

Tercero. Conforme al artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, la tutela que en esta providencia se concede permanecerá vigente durante el lapso del proceso laboral que el demandante deberá instaurar ante la justicia ordinaria, en un término máximo de 4 meses, contados a partir de la notificación, so pena de perder efectos.

Cuarto. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-1752 de 2000.

2 La ley 860 de 2003 fue publicada en el Diario Oficial No. 45.415 del 29 de diciembre de 2003.

3 Ver al respecto las sentencias T-384 de 1998, T-1316 de 2001, y SU-1070 de 2003, entre otras.

4 Ver al respecto la sentencia SU-1070 de 2003.

5 Sentencia T-1316 de 2001.

7 Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa.

8 Sentencia T-588 de 2007

9 Ver al respecto las sentencias T-829 de 1999, T-1083 de 2001, T-205 de 2002, T-081 de 2003, T-1229 de 2003, T-401 de 2004, T-043 de 2005, entre otras.

10 Sobre el carácter fundamental de la pensión de sobrevivientes se pueden consultar las sentencias T-174 de 1994, T-513 de 1999, T-571 de 1999, T-638 de 1999, T-974 de 1999 y T-954 de 2003.

11 Sentencia T-606 de 2005.

12 Sentencia T-008 de 2006.

13 El último empleador del señor Villavicencio Guerrero fue H. Estefenn Prolibros y Cía. S. en C.

14 Sentencia T-771 de 2003.

15 Sentencia T-1128 de 2005.