

Sentencia T-945/14

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MATERIA PENSIONAL-Procedencia excepcional

Esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, cuando el titular del derecho en discusión es una persona de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente respecto de los demás miembros de la sociedad, dado que someterla a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales.

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Regulación en la Ley 797 de 2003

El padre o la madre que acredite (i) haber cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media, establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o en regímenes anteriores, si se es beneficiario del régimen de transición; (ii) la discapacidad mental o física debidamente calificada y (iii) la dependencia económica del hijo en situación de discapacidad, podrá ser acreedor de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, prevista en el inciso 2 del párrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Mora patronal en el pago de aportes

La negligencia o el conflicto generado entre el empleador y la entidad administradora de pensiones no puede ser atribuida al trabajador ni, por ende, sirve como excusa para denegar el derecho pensional que pretende le sea cancelado, entre otras razones, porque

dicho argumento contraviene los fines provistos para las mencionadas pensiones y porque, pretendiendo proteger financieramente el sistema pensional, desconoce las garantías constitucionales básicas. Cuando se presenten pagos extemporáneos de aportes adeudados por el empleador, se ha reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, que dichos montos deben tenerse en cuenta al momento de consolidar un derecho prestacional, pues las entidades administradoras de pensiones cuentan con los mecanismos para rechazar dichos pagos, y si no los utilizan no pueden posteriormente excusarse de brindar la prestación económica pretendida por el beneficiario, con fundamento en la extemporaneidad de los mismos.

ALLANAMIENTO A LA MORA EN EL PAGO DE APORTES Y COTIZACIONES PENSIONALES

Se presume que hay allanamiento a la mora, cuando (i) el empleador negligente, cancela los valores adeudados, (ii) se evidencia que los adeuda dentro del historial laboral del trabajador, como consecuencia de una relación laboral existente y (iii) el incumplimiento no es atribuible al asalariado, a quien se le dedujo cumplidamente su porcentaje obligatorio.

SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Finalidad

La subcuenta de solidaridad tiene como fin subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte. El subsidio que se concede con los recursos que éste maneja, reemplaza parcialmente los aportes que el empleador y el trabajador tienen que realizar al subsistema de pensiones en los casos en que éste es trabajador dependiente o la totalidad del aporte en el caso que aquél sea trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. La subcuenta de subsistencia persigue la “protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema”, mediante el otorgamiento de un subsidio económico hasta del 50% del salario mínimo mensual vigente a aquellos ciudadanos que tengan 65 años o más, hayan residido por lo menos durante los últimos 10 años, carezcan de recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia y que residan en una institución sin ánimo de lucro para ancianos indigentes, de acuerdo con los artículos 257 y 258 de la Ley 100 de 1993.

SUBCUENTA DE SUBSISTENCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-Límite de edad en

cuanto a acceso

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ, AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad

Demandante: Saúl Eliseo Celis Castillo

Demandado: Colpensiones

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, el catorce (14) de mayo de 2014, que, a su vez, confirmó el pronunciado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá, el 21 de marzo de 2014, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por Saúl Eliseo Celis Castillo contra Colpensiones.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de Auto del veintidós (22) de agosto de 2014, proferido por la Sala de Selección número Ocho (8) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Saúl Eliseo Celis Castillo, impetró acción de tutela contra Colpensiones, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital los cuales,

afirma, le son vulnerados por dicha entidad, al no haberle reconocido pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, a pesar de contar con los requisitos exigidos por el parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

2. Reseña fáctica

2.1. Saúl Eliseo Celis Castillo, quien en la actualidad cuenta con 67 años de edad, tiene a cargo a su hijo de 33 años el cual padece de “epilepsia con alteraciones neurológicas y deterioro mental”, y cuenta con una calificación de pérdida de capacidad del 58.85%, proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.

2.2. Afirmó, que ha cotizado para pensión un total de 1.018 semanas, por lo que el 5 de diciembre de 2011, elevó a Colpensiones una petición en la que solicitó, que conforme con el parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, le fuera reconocida su pensión de vejez, por cuanto tiene a su cargo un hijo discapacitado que depende económicamente de él.

2.3. Dicha solicitud fue negada por la entidad demandada, decisión que fue controvertida por el actor el 22 de mayo de 2012 y, posteriormente, confirmada por Colpensiones.

2.4. Afirmó que en el año de 1997 se divorció de su cónyuge Cecilia Acero Robles, por mutuo consentimiento. Dentro del acuerdo de divorcio suscrito, se determinó que “el menor Oscar Iván Celis Acero, queda bajo custodia de Saúl Eliseo, la patria potestad seguirá a cargo de ambos padres y los alimentos cada uno responde por el menor que queda bajo su cargo.”

2.5. Manifiesta que acude al mecanismo de amparo constitucional, toda vez que no cuenta con los medios para su subsistencia y la de su hijo, quien depende de él debido a su discapacidad.

Solicita que mediante la presente acción le sean protegidos sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, le sea ordenado a Colpensiones que reconozca y comience a pagar su pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, conforme lo establece el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Saúl Eliseo Celis Castillo (folio 26).
- Copia de reporte de semanas cotizadas en pensiones proferido por Colpensiones (folios 27 a 32).
- Copia de la Resolución No. 103384 del 22 de febrero de 2012, mediante la cual se niega la pensión especial de vejez al señor Saúl Eliseo Celis Castillo al no acreditar el requisito de las semanas cotizadas (folios 33 a 34).
- Copia del recurso de reposición interpuesto por el actor contra la Resolución No. 103384 de 2012 que negó la pensión especial de vejez (folios 35 a 37).
- Copia de la Resolución del 20 de diciembre de 2013, mediante la cual se confirma la decisión tomada en el acto administrativo del 22 de febrero de 2012 (folios 39 a 40).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Oscar Iván Celis Acero, hijo del actor (folio 41).
- Copia del dictamen de la pérdida de capacidad del señor Oscar Iván Celis Acero, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá (folios 42 a 46).
- Copia de declaración extra proceso del señor Hernando Casas Vergel en la que afirma que el señor Oscar Iván Celis Acero depende económicamente de su padre, Saúl Eliseo Celis debido a la discapacidad que padece (folio 47).
- Copia de registro civil de nacimiento de Oscar Iván Celis Acero (folio 48).
- Copia de registro civil de nacimiento del señor Saúl Eliseo Celis Castillo (folio 49).
- Copia de certificación expedida por Saludcoop EPS en la que consta la afiliación al sistema de salud de Saúl Eliseo Celis Castillo como cotizante y de Oscar Iván Celis como beneficiario (folio 50).
- Copia del acta de la audiencia de divorcio del 22 de mayo de 1997, en la que consta la cesación de todos los efectos civiles entre Saúl Eliseo Celis y Cecilia Acero y se llegan a

otros acuerdos (folios 109-112).

5. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela

Mediante auto del 10 de marzo de 2014, el Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá-Boyacá, admitió la acción de tutela, notificó a la parte demandada y le solicitó algunas pruebas. Así mismo, consideró necesario solicitar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, que certificara el grado de discapacidad con el cual fue calificado Oscar Iván Celis Acero. Y, ofició a SALUDCOOP EPS para que remitiera copia de la historia clínica de Oscar Iván Celis y, certificara el grado de dependencia del señor Celis Acero, para el desarrollo y realización de las actividades diarias. Por último, citó a declaración al señor Saúl Eliseo Celis Castillo con el fin de que ampliará los hechos expuestos en el escrito de tutela.

Mediante comunicación allegada al Juzgado de conocimiento el 12 de marzo de 2014, la Corporación IPS Samacá allegó la historia clínica y recomendaciones médicas del señor Óscar Iván Celis Acero, documentos que obran a folios 61 a 100 y 123 a 126 del expediente. Así mismo la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá allegó los documentos solicitados por el juez, los cuales obran a folios 130 a 139.

Colpensiones no dio respuesta a lo planteado en la presente acción de tutela.

II. DECISIONES JUDICIALES

El Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá- Boyacá, con el fin de tomar una decisión acorde con los supuestos de hecho planteados en la acción, solicitó al señor Saúl Eliseo Celis ampliar sus declaraciones. En Audiencia de ratificación, el día 13 de marzo de 2014, al señor Saúl Eliseo Celis le fue preguntado:

“sírvasse decirnos el motivo por el cual usted presentó la acción de tutela en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la pensión y al mínimo vital y móvil. CONTESTO: pues la razón es que ni el seguro social, ni Colpensiones tuvieron en cuenta el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en su parágrafo cuarto donde dice ‘se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo’, dichos artículos

aumentan primero la edad para pensión y segundo las semanas cotizadas, me acojo a este derecho con base en el contenido de este parágrafo, ya que soy padre con patria potestad sobre mi hijo OSCAR IVÁN CELIS ACERO, como consta en los documentos que allegué a la acción de tutela, tiene una discapacidad del 58.85% calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá. Colpensiones y el Seguro Social, reconocen estos hechos pero no me reconocen la pretensión porque en las dos respuestas que me dieron dicen que tengo que completar 1300 semanas de cotización y no aceptan que por mi caso especial estoy exento de estos aumentos de edad y tiempo de cotización y tengo el derecho con las 1018 semanas que tengo cotizadas (...). Actualmente, me encuentro enfermo de los pulmones y de varias vértebras de la columna, tengo programada una cirugía para cuatro vértebras por abombamiento de los discos intervertebrales y discopatía degenerativa por contacto con las raíces nerviosas. Adicionalmente, tengo deudas superiores a 40 millones de pesos con entidades bancarias. Tengo un hijo de ocho años y uno de trece, estudiando, vivo en arriendo, no tengo ninguna propiedad, mi situación económica cada vez es más crítica por mi situación de salud y de edad. PREGUNTADO: Sírvese manifestar al despacho si ha realizado algún tipo de reclamación ante la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión? CONTESTÓ: El cinco de diciembre de 2011, reclamé mi pensión por considerar cumplidos mis requisitos de edad, semanas cotizadas y discapacidad de mi hijo a mi cargo y me fue negada por no tener el número de semanas. En esa época reconoció que tenía 1009 semanas, también aceptó la discapacidad de mi hijo. No tuvieron en cuenta que por la discapacidad de mi hijo estoy exento de cumplir la totalidad de semanas. La segunda fue el recurso de reposición contra la resolución que me negó la pensión y que presenté el día veintidós (22) de mayo de dos mil doce (2012). PREGUNTADO: Sírvese manifestar al despacho respecto de la petición de reconocimiento de pensión de fecha cinco (5) de diciembre de dos mil once (2011) elevada ante LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, bajó que parámetros lo solicitó? CONTESTÓ: basé mi petición en el derecho que me asistía como padre con un hijo con discapacidad superior al 50%, siendo padre con patria potestad que se ha encontrado siempre a mi cargo como consta en los documentos que he aportado en las diferentes ocasiones (...). Hice muchos esfuerzos para cotizar este tiempo y en la actualidad no podría continuar aportando. PREGUNTADO: sírvase manifestar al despacho hasta qué fecha cotizó para pensión con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES? CONTESTÓ: yo coticé en

el seguro social hasta noviembre de dos mil once (2011). (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si se encuentra laborando actualmente? CONTESTÓ: actualmente me encuentro sin empleo hace más de dos años. Derivo mi sustento de ayudas que hacen mis hijos mayores (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho cómo está conformado su núcleo familiar? CONTESTÓ: vivo con mi actual esposa CEIDA VISLENY CORREDOR CHAPARRO, con mi hijo ÓSCAR IVÁN CELIS ACERO y con mis hijos CRISTIAN FELIPE Y EDISON SEBASTIÁN CELIS CORREDOR. PREGUNTADO: Sírvase decirnos de qué devenga sus ingresos actualmente? CONTESTÓ: yo trabajo en un taller de soldaduras asesorando a los demás trabajadores ya que mi condición física no me permite laborar. En promedio devengo unos seiscientos mil pesos mensualmente. Actualmente, solo pago salud para tener cubierta a mi familia. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho a qué se dedica su esposa y si contribuye con la manutención de su hijo OSCAR IVÁN CELIS ACERO? CONTESTÓ: mi actual esposa se dedica a preparar los alimentos de todos, es ama de casa. Respecto de OSCAR IVÁN la mamá se llama Cecilia Acero. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho respecto de la señora Cecilia Acero madre de su hijo, qué relación tiene con ella? CONTESTÓ: yo me divorcié de ella legalmente en 1997. Yo asumí la responsabilidad total de mi hijo OSCAR IVÁN, ella nunca ha hecho ningún aporte para él porque según ella yo soy el que tengo la obligación. Yo nunca la he demandado por alimentos para evitarme inconvenientes, ella es muy agresiva. (...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho respecto de su hijo OSCAR IVÁN CELIS ACERO, qué tipo de discapacidad tiene y cómo es su comportamiento social? CONTESTÓ: él tiene epilepsia y retraso psicomotor y mental para hablar. El comportamiento de un niño de siete años en promedio. El necesita ayuda para ciertas actividades. Él se alimenta solo, se baña, el problema son los ataques de epilepsia cada ocho o quince días, está medicado. Mi actual esposa me ayuda a cuidarlo y siempre tiene que estar alguien pendiente de él. (...)."

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 21 de marzo de 2014, el Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá-Boyacá, declaró improcedente la acción de tutela presentada por el actor al considerar que aun cuando éste pertenece a la tercera de edad y es considerado una persona de especial protección constitucional, no se encuentra acreditado dentro del expediente, que el estado de salud de su hijo revista alguna gravedad, por el contrario el joven se encuentra recibiendo tratamiento. Así mismo, el a quo no evidenció que la salud del señor Saúl Eliseo

Celis esté comprometida, pues aunque manifiesta que padece de la columna, no se allega ninguna prueba que demuestre tal afirmación.

En cuanto a las condiciones económicas del accionante y de su núcleo familiar, el fallador estimó que no hay prueba que demuestre que éstas sean desfavorables y que por tanto, esté en riesgo su sostenibilidad, toda vez que el señor Saúl Eliseo en la diligencia de ampliación de la acción de tutela indicó que recibe un promedio mensual de seiscientos (\$600.000) mil pesos.

Por otro lado, el actor solo ha realizado gestiones administrativas, sin que hasta el momento haya agotado la vía ordinaria para reclamar la prestación que pretende, siendo ésta la competente para determinar si le asiste o no el derecho.

En consecuencia, el a quo, consideró que “es claro para este despacho que en el presente caso no se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales”.

2. Impugnación

Mediante escrito presentado el 31 de marzo de 2014, el actor impugnó el fallo de primera instancia, al considerar que la sentencia dictada no se ajusta a los hechos que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de la petición. Así mismo, el fallo dictado se niega a cumplir el mandato legal de garantizar el pleno goce de sus derechos, pues se funda en consideraciones inexactas y erróneas.

Afirmó que la acción de tutela es procedente para hacer exigible su pretensión, teniendo en cuenta su avanzada edad, su estado de salud y la situación de discapacidad de su hijo, pues a pesar de contar con otro medio ordinario de defensa, lo que se pretende con el mecanismo de amparo, es evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Junto con el escrito de impugnación allegó copia de su historia clínica respecto del padecimiento de columna que lo aqueja; copia de contrato de arrendamiento en el que consta que no cuenta con vivienda propia; y copia de extractos bancarios de los créditos

que dan cuenta de las obligaciones que tiene a su cargo.

3. Decisión de segunda instancia

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, mediante providencia del 14 de mayo de 2014, decidió confirmar la sentencia proferida por el a quo, al estimar que la situación jurídica del accionante no se ajusta a uno de los presupuestos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues uno de los requisitos que se exige es que el padre o la madre cabeza de hogar y del cual depende económicamente el hijo discapacitado, no esté incorporado laboralmente y, en el presente caso, el accionante se encuentra cotizando al régimen contributivo, de lo que se desprende que es una persona que se encuentra laborando activamente, hecho que hace imposible el reconocimiento de la pensión de vejez que pretende.

Igualmente, las semanas cotizadas no le alcanzan, toda vez que el precepto normativo que debe aplicarse al caso del actor es el inciso segundo del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual exige “mínimo el número de semanas requerido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, situación fáctica y jurídica que no se adecua a la del accionante, pues hasta ahora solo ha acumulado 1018 semanas, cantidad inferior a la que hoy y para la fecha en que se resolvió la petición, así como el recurso de reposición, esto es para el año 2011, se necesitaba”.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, que confirmó, a su vez, la de primera instancia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Saúl Eliseo Celis Castillo, al

haberle negado la pensión especial de vejez contemplada en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al no cumplir con las semanas exigidas para el efecto, a pesar de tener a su cargo un hijo con discapacidad, calificado con una pérdida de capacidad de 58.85%, contar con 67 años de edad y 1.018 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Con el fin de resolver el asunto en cuestión esta Sala realizará un repaso jurisprudencial de (i) la procedibilidad de la acción de tutela tratándose del reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, (ii) de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, establecida en la Ley 797 de 2003; (iii) la mora del empleador en el pago de las cotizaciones pensionales y (iv) el régimen subsidiado en materia pensional.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de reconocimiento de prestaciones de carácter pensional. Reiteración jurisprudencial

La acción de tutela ha sido concebida como un mecanismo de defensa judicial, de carácter subsidiario y residual, en virtud del cual, es posible, a través de un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente determinados por la ley.

El carácter subsidiario y residual, significa que solo es procedente supletivamente, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable[1]. A este respecto, el artículo 86 de la Constitución Política señala expresamente que: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

De acuerdo con ello, ha dicho la Corte que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”[2].

Este elemento medular de la acción de tutela, la subsidiariedad, adquiere fundamento y se justifica, en la necesidad de preservar el orden regular de asignación de competencias a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el objeto no solo de impedir su paulatina disgregación sino también de garantizar el principio de seguridad jurídica. Ello, sobre la base de que no es la acción de tutela el único mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos fundamentales, pues existen otros instrumentos, ordinarios y especiales, dotados de la capacidad necesaria para, de manera preferente, lograr su protección.

Así las cosas, los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley para estos efectos, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir, de manera directa, a la acción de amparo constitucional.

No obstante lo dicho, conviene precisar que la idoneidad o eficacia de otras vías judiciales, debe ser analizada por el juez de tutela frente a la situación particular y concreta de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva del texto superior conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados.

Así pues, tratándose del reconocimiento de prestaciones sociales, particularmente, en materia de pensiones, la jurisprudencia constitucional ha sentado una sólida doctrina conforme a la cual, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para este propósito, por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y de desarrollo progresivo, cuya protección debe procurarse a través de las acciones laborales –ordinarias o contenciosas–, según el caso. Empero, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, cuando tales acciones pierden eficacia jurídica para la consecución del objeto que buscan proteger, concretamente, cuando un análisis de las circunstancias fácticas del caso o de la situación particular de quien solicita el amparo así lo determina. En estos eventos, la controversia suscitada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, siendo necesaria la intervención del juez de tutela.[3]

Bajo esa premisa, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, cuando el titular del derecho en discusión es una persona de la tercera edad o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente respecto de los demás miembros de la sociedad, dado que someterla a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y altamente lesivo de sus garantías fundamentales.

Sin embargo, es menester aclarar en este punto que la condición de sujeto de la tercera edad no constituye per se razón suficiente para admitir la procedencia de la acción de tutela. En efecto, reiterando lo expuesto por la Corte en distintos pronunciamientos sobre la materia, para que el mecanismo de amparo constitucional pueda desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, según se trate, es también necesario acreditar, por una parte, la inminencia de un perjuicio irremediable[4] derivado de la amenaza, vulneración o afectación de derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital y la salud.

Del mismo modo, también ha destacado la Corte que, para efectos de la procedencia de la acción de tutela en estos asuntos, habrá de tenerse en cuenta el despliegue de cierta actividad administrativa y jurisdiccional por parte del interesado, tendiente a obtener la protección de los derechos que reclama por vía de tutela.

En conclusión, por regla general, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter pensional, por cuanto para ello el legislador ha previsto otros medios judiciales de defensa. Sin embargo, tratándose de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, tal es el caso de las personas de la tercera edad, la misma será procedente para estos efectos, siempre y cuando se encuentre acreditada la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos de carácter fundamental, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos, de manera tal que se entienda que éstos han perdido toda su eficacia material y jurídica.

4. La pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad

Dentro de los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución de 1991, se encuentra el derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 48. Este

derecho tiene una dualidad, pues se considera un servicio público obligatorio y un derecho, razón por la cual, es deber del Estado organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En consecuencia, la Carta le impuso al Estado la obligación de reglamentar este derecho, en virtud de ello, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 la cual tiene como objetivo “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.”[5]

Dicha ley fue la encargada de reglamentar los diferentes regímenes prestacionales que hoy existen dentro de nuestro ordenamiento a saber, el de salud, el de pensiones, el de riesgos profesionales y el de servicios sociales complementarios.[6] Estas prestaciones permiten el desarrollo digno de las personas ante ciertos eventos que puedan llegar a suceder, como son las enfermedades, los accidentes, o los procesos naturales como la maternidad, la vejez etc.

El régimen de pensiones tiene como fin garantizar a las personas, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte[7].

En cuanto a la pensión de vejez ha sido concebida como “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador.”[8]

Por tanto, una vez el trabajador haya demostrado los requisitos que exige la ley para la obtención de esta prestación, se le otorga la posibilidad de retirarse del trabajo sin que ello implique la privación de sus ingresos, pues se entiende que cuando el trabajador llega a esta etapa “se halla en una época de la vida en la que, después de haber cumplido con el deber social del trabajo y ver menguada su fuerza laboral, requiere de una compensación por su esfuerzo y un trato especial en razón a su avanzada edad[9].”[10]

Dentro del sistema general de pensiones se encuentran dos regímenes (i) el régimen de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad.

El primero de ellos “es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas.”[11] Goza de las siguientes características:

“a) Es un régimen solidario de prestación definida;

b) Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley;

c) El Estado garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados.”[12]

Por otro lado, el régimen de ahorro individual con solidaridad es “el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título.

Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, y propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.”[13]

El mismo artículo 33 de la Ley 100 de 1993 previó tres clases de pensiones (i) pensión ordinaria de vejez la cual se obtiene con los requisitos descritos en precedencia; (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona con discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial de madre o padre de hijo en situación de discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 2).

Dicho precepto normativo previó unas pensiones especiales para (i) aquellas personas que padezcan una discapacidad física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social y (ii) para las madre o padres trabajadores cuyo hijo padezca

una discapacidad física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre o el padre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si se reincorpora a la fuerza laboral.[16]

Estas pensiones especiales tienen como fin la protección de aquellas personas disminuidas física y sensorialmente y grupos vulnerables de la población, para las primeras, manteniendo la edad en 55 años para mujeres y hombres, indistintamente y acreditando 1000 semanas de cotización al sistema, continuas o discontinuas y, a las segundas, el legislador las exoneró del cumplimiento del requisito de edad exigido en el numeral 1º del artículo 33 de la ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez. Es decir, permite anticipar el goce de la prestación pensional de vejez una vez se ha cumplido con un determinado número de semanas de cotización, independientemente de la edad que tenga el titular del derecho.[17]

Sobre la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, establecida en el parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación se ha pronunciado sobre ella en varias sentencias de constitucionalidad, pues en un principio dicha pensión estaba concebida, así:

“La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor en situación de discapacidad, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”[18]

En una primera oportunidad, la Corte, mediante sentencia C-227 de 2004[19], se pronunció sobre si la expresión “mayor de 18 años”, contenida en el inciso segundo del parágrafo 4º del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, vulnera el principio de igualdad, contemplado en el

artículo 13 de la Constitución, toda vez que no permite que accedan a dicha pensión las madres trabajadoras de personas mayores de 18 años que sufran una discapacidad física o mental.

“(…) Como se ha manifestado, la intención de la norma es facilitar que la madre trabajadora pueda dedicarse al cuidado de su hijo, cuando éste dependa económicamente de ella y sufra una invalidez que no le permita valerse por sí mismo. Desde esta perspectiva es claro que la limitación que establece la expresión “menor de 18 años” no es efectivamente conducente para obtener el fin perseguido por la disposición. La situación de los hijos inválidos que se encuentran en situaciones extremas de minusvalía no cambia necesariamente por el hecho de alcanzar una edad determinada, incluso cuando se trata de aquella que, convencional y constitucionalmente, es considerada como el comienzo de la madurez. En los casos extremos mencionados, la dependencia económica de la madre y la incapacidad para valerse por sí mismo no se modifican por el simple paso de los años.

Las razones anteriores conducen a la conclusión de que la expresión “menor de 18 años” constituye una diferenciación que no permite que la norma estudiada sea efectivamente conducente para el fin para el que fue creada, pues obliga a la interrupción de los procesos de rehabilitación y no cubre a un sector de hijos afectados por invalidez y dependientes económicamente de su madre. Por ello, y debido a los vacíos que se presentan en el Sistema de Seguridad Social, se declarará que la expresión “menor de 18 años” vulnera el principio de igualdad y, por lo tanto, es inconstitucional.

Luego, mediante sentencia C-989 de 2006[20], la Corte se ocupó de una demanda de inconstitucionalidad en la que se demandó la expresión “madre” del parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, al considerar que el beneficio establecido exclusivamente en favor de la madre trabajadora y de quienes de ella dependan, vulneran el derecho a la igualdad de los hombres que se encuentren en la misma situación de hecho de la madre, así como los derechos de los hijos discapacitados que dependan de ellos.

En aquella oportunidad, se determinó la exequibilidad condicionada de la expresión, en el entendido que el beneficio previsto en el artículo debe hacerse extensivo al padre cabeza de familia que tenga a cargo hijos en situación de discapacidad y que dependan económicamente de él. Al respecto se dijo:

“Es claro entonces, que el beneficio pensional previsto en el inciso 2° del párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003- para la madre en función de los hijos discapacitados que se encuentren a su cuidado personal y que dependan de ésta económicamente excluye a los hombres -padres cabeza de familia- que se hallen en las mismas condiciones de hecho que dichas madres, razón por la cual en relación con los beneficios antes aludidos no encuentra la Corte que exista un fundamento constitucional en virtud del cual se pueda establecer una diferencia de trato entre los hijos discapacitados –menores o adultos- que están a cargo de la madre cabeza de familia, frente a los que están al cuidado del padre cabeza de familia, esto es, que se encuentra en la misma situación a que alude la disposición en análisis, por cuanto en uno y otro caso se trata de personas respecto de las cuales el Estado tiene una obligación de protección especial y categórica (arts. 13, 43 y 47 C.P).

De forma tal que, al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención; sin tener en cuenta la especial condición de discapacidad que padece y que finalmente es en virtud de la cual se busca protegerlo, para que no solamente no le falten recursos económicos que permitan su adecuada rehabilitación a la vida social, de ser ello posible; sino que se deja igualmente de lado el hecho de que el padre también puede hacerse cargo del hijo afectado por dicha invalidez, brindándole los cuidados y atención necesarios, ello, sin limitar tal circunstancia únicamente a aquellos eventos en que haya fallecido la madre de familia.

En conclusión, en el caso concreto del inciso 2° del párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003-, la protección que allí se establece está encaminada en forma directa a beneficiar al niño o adulto discapacitado que por sus condiciones físicas o mentales no puede valerse por sí mismo, razón por la cual se torna en un sujeto de protección especialísima al cual Estado le debe brindar todas las garantías necesarias para el goce efectivo de sus derechos, de allí la necesidad de que indistintamente de que se trate de la madre o el padre, siempre que i) como lo dispone la norma la discapacidad del menor esté debidamente calificada y que ii) se hayan cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el mínimo de semanas requeridas en el

régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, se deba conceder el beneficio pensional allí previsto, de forma tal que, se pueda dar efectivo cumplimiento al propósito de la disposición legal ibídem, que no es otro que otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de éste.”

Y por último, en la sentencia C-758 de 2014 este Tribunal determinó, ante una demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra la expresión “siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”, contenida en el parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la exequibilidad condicionada de la misma, bajo el entendido de que el beneficio pensional previsto en dicho artículo, debe ser garantizado tanto a los padres y las madres afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, como a los padres y las madres afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Al respecto se dijo:

“Lo alegado por los demandantes, genera un problema jurídico constitucional toda vez que por la ubicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003-, en el título segundo que hace referencia al ‘Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida’, una interpretación sistemática puede llevar a considerar que el beneficio de la pensión especial de vejez para padre o madre con hijo en situación de discapacidad, es exclusivo de quienes se encuentran en dicho régimen pensional.

Del análisis realizado sobre el contenido, alcance y propósito del inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, tanto del estudio de los antecedentes de su trámite aprobatorio que permiten evidenciar la voluntad del legislador con la expedición de dicha norma, como con la interpretación que a la luz de los derechos contenidos en la Carta Política ha realizado en sede de control abstracto y de tutela la Corte Constitucional y de igual manera, la que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia en instancia de casación laboral, la Sala Plena identifica que la disposición que contiene la expresión demandada, tiene una doble finalidad claramente definida de forma unívoca. Por un lado, busca dar un reconocimiento y en ese sentido, generar un beneficio para las madres y los padres con hijos en situación de discapacidad, sin importar si ellos son o no menores de edad pues lo que resulta relevante es la dependencia de su progenitor. Por otro, crea una

medida de acción afirmativa o discriminación positiva en favor de las personas en situación de discapacidad, que pretende contribuir con ello a su efectivo desarrollo, integración social y adecuada rehabilitación.

Bajo el propósito que identifica la Corte reiterando lo expuesto en su jurisprudencia, y a la luz del principio de *effet utile* aplicado por esta Corporación, no encuentra la Sala Plena ninguna justificación proporcionada y razonable para permitir una interpretación que genere como resultado la restricción de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad a quienes hacen parte del Régimen de Prima Media, dejando por fuera a una parte considerable de la población, que experimentando la misma situación, lo hace del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Es evidente para la Corte Constitucional que el descrito beneficio es para TODAS las madres y TODOS los padres cuyos hijos se encuentren en una circunstancia de invalidez, sin que tenga que ser un requisito relevante para el acceso al régimen de pensiones al cual cotizan. Esto se deriva principalmente, del hecho que más allá del beneficio que se genera para los padres, la medida busca proteger al hijo con discapacidad, siendo este el elemento común para quienes están afiliados en el régimen de prima media o en el régimen de ahorro individual.

Una interpretación que lleve a que la pensión especial de vejez del inciso segundo del párrafo 4º, se aplique a unos y no a otros, resulta a todas luces contraria al principio de igualdad, a la obligación de adoptar medidas a favor de las personas en situación de discapacidad y, si el caso concreto corresponde, a los derechos prevalentes del niño contenidos en la Constitución. De igual modo contradice los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que integran el bloque de constitucionalidad, toda vez que se plantearía una medida que discrimina, por no tener en cuenta, a un sector de este grupo vulnerable de la población.”

En consecuencia, el inciso segundo del párrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, debe entenderse así:

“La madre o padre trabajadores cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o

mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre o padre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media o de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor en situación de discapacidad, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”

En cuanto a los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, se debe acreditar (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media o de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema[21].

Así mismo, la sentencia C-227 de 2004[22], dispuso que los criterios que deben ser tenidos en cuenta para que tal beneficio pueda ser otorgado son: “i) la discapacidad física o mental que afecte al hijo debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma; (ii) la dependencia de la persona inválida con respecto a su madre o padre, debe ser de tipo económico, no siendo suficiente la sola necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de la madre o el padre y; (iii) el beneficio económico no es susceptible de reclamación cuando el hijo dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios económicos requeridos para su subsistencia o cuando tenga bienes o rentas propios para mantenerse. Y, con el fin de conservar esta prestación (i) el hijo afectado por la invalidez física o mental debe permanecer en esa condición y continuar dependiendo de su madre o padre y; (ii) el padre o la madre de la persona inválida, debe abstenerse de reingresar a la fuerza laboral.”

Ahora bien, la sentencia T-176 de 2010[23], se ocupó de decidir un caso, en el cual le había sido negado a la actora la pensión especial de vejez por hijo inválido, por no cumplir las semanas de cotizaciones requeridas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y no poder

aplicarle el régimen de transición, al cual era beneficiaria, por cuanto “i) no es posible acogerse, al mismo tiempo, a las normas previstas en la ley 100 de 1993 y a los requisitos que para acceder a la pensión ordinaria de vejez impone el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y; (ii) la pensión especial de vejez por hijo discapacitado no tiene un procedimiento para aplicar, a través del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley de 1993, las normas de que trata el Decreto 758 de 1990.” En el presente caso, la Corte decidió:

“El título II de la ley 100 de 1993 regula lo concerniente al régimen de prima media con prestación definida. En el capítulo II de ese título, relativo a la pensión de vejez, se consagra dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: (i) pensión ordinaria de vejez (art. 33.1 y 2.); (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial anticipada de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2). Adicionalmente, el capítulo II en comento, regula lo concerniente al régimen de transición en pensiones en el sistema de prima media de la ley 100 de 1993, en su relación con los sistemas pensionales anteriores a la vigencia de la anotada ley 100.

Ahora bien, conforme se expuso, para obtener la pensión especial de vejez por hijo discapacitado el solicitante debe tener cotizadas el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez (entre otros requisitos). Esto es, dentro del contenido normativo de la pensión especial por hijo discapacitado se establece una remisión a la normatividad que regula el presupuesto de semanas de cotización en la pensión ordinaria de vejez del régimen de prima media (art. 33. num. 2.).

Así, el artículo 33 numeral 2 de la ley 100 de 1993 indica que “para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015”. No obstante, el régimen de prima media prevé una excepción a la aplicación de la norma anterior. En esa dirección, en el artículo 36 inciso 2 el legislador al establecer el régimen de transición dispuso otra cláusula de reenvío del siguiente tenor: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de

vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres (...), será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados (...)" (Subrayado añadido).

5.2. Vistas así las cosas, resulta razonable sostener que con esta interpretación no se afecta el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social, pues en realidad se está aplicando en su integridad la ley 100 de 1993. En efecto, es el propio legislador el que autoriza, mediante sucesivas remisiones, la observancia de parámetros normativos que consagran los requisitos para acceder a una pensión ordinaria de vejez en regímenes anteriores a la ley 100 de 1993; pero lo hace con la finalidad de determinar si la persona que solicita la pensión especial de vejez por hijo discapacitado cumple con el número de semanas necesarias que exige la anotada ley en su artículo 33 párrafo 4 inciso 2, esto es, si el afiliado ya reunió el número de semanas suficientes para acceder a una pensión de vejez.

Y es que si el objetivo de la pensión especial de vejez es anticipar el momento en que una persona sale del mercado laboral para que pase a brindar los especiales cuidados que requiere su hijo discapacitado y apoye su proceso de rehabilitación cuando ya ha reunido el número de semanas necesarias para acceder a una pensión ordinaria de vejez, es sensato mantener el mismo criterio en el caso de quien igualmente, por virtud del régimen de transición, ya ha alcanzado el requisito de semanas de cotización para tener derecho a su pensión de vejez.

En síntesis, el padre o la madre que acredite (i) haber cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media, establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[24] o en regímenes anteriores, si se es beneficiario del régimen de transición[25]; (ii) la discapacidad mental o física debidamente calificada y (iii) la dependencia económica del hijo en situación de discapacidad, podrá ser acreedor de la pensión especial de vejez por hijo con discapacidad, prevista en el inciso 2 del párrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

5. La mora patronal en el pago de los aportes a seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

El sistema de seguridad social se basa en el principio solidaridad, y se sustenta sobre tres

pilares representados por el trabajador, el empleador y la entidad administradora, que constituyen la que se ha denominado “relación tripartita”.

En consecuencia, el anclaje de dicha relación, puede dar lugar al derecho a la pensión, cuándo, el trabajador cumple la edad necesaria y cotizó las semanas correspondientes; el empleador hizo los aportes de manera oportuna, y, por último, la entidad encargada de reconocer tal derecho hizo los recaudos para poder garantizar tal prestación y, a su vez, proteger la sostenibilidad del régimen[26].

En los casos en que una de las partes de esta relación no cumple con los requisitos o exigencias prescritos en la ley, se puede dificultar o afectar el acceso a la pensión de vejez. [27]

En ocasiones ocurre, que a pesar de que le han sido descontados los valores correspondientes al trabajador, el empleador incumple con los pagos, pero este hecho, no debe recaer o perjudicar los derechos del trabajador, ni constituye una causal válida para denegarle la consolidación de una prestación económica, puesto que la Ley 100 de 1993, dotó de facultades a las entidades administradoras de pensiones para que persigan el pago de los valores adeudados, aun de manera coactiva, pues a criterio del legislador, se debe preservar de manera integral los aportes pensionales del empleado y la negligencia o el conflicto generado entre el empleador y la entidad administradora de pensiones no puede ser atribuida al trabajador ni, por ende, sirve como excusa para denegar el derecho pensional que pretende le sea cancelado, entre otras razones, porque dicho argumento contraviene los fines provistos para las mencionadas pensiones y porque, pretendiendo proteger financieramente el sistema pensional, desconoce las garantías constitucionales básicas.

En consecuencia, cuando se presenten pagos extemporáneos de aportes adeudados por el empleador, se ha reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal[28], que dichos montos deben tenerse en cuenta al momento de consolidar un derecho prestacional, pues las entidades administradoras de pensiones cuentan con los mecanismos para rechazar dichos pagos, y si no los utilizan no pueden posteriormente excusarse de brindar la prestación económica pretendida por el beneficiario, con fundamento en la extemporaneidad de los mismos.

Sin embargo, es necesario aclarar que dicha mora, le puede acarrear consecuencias a las empresas de pensiones, en los casos en que el empleador cancela los valores adeudados de manera extemporánea y la empresa o el fondo, no los rechaza haciendo uso de los mecanismos que la ley le concedió para ello, por tanto dichos pagos se tornan válidos, siempre y cuando se evidencie que se encontraba afiliado al sistema pensional, y, en caso de trabajadores dependientes, como consecuencia de su relación laboral, le fueron descontados en su momento los aportes obligatorios a pensiones, los cuales no fueron cancelados, exclusivamente por la falta de diligencia del empleador y por la falta de cobro de la administradora de pensiones.

Frente al particular, la Sentencia T-761 de 2010[29], señaló:

“Ahora bien, cuando las entidades encargadas de administrar los aportes al sistema general de seguridad social, en salud y pensiones, dejan de recibir dichos aportes, y los reciben con posterioridad a la fecha correspondiente para su pago, o no realizan las gestiones orientadas a obtener su pago, conforme las herramientas establecidas en la ley para este efecto, se entiende que se allanan a la mora, siendo necesario que asuman las consecuencias de su negligencia, sin que los efectos nocivos de dicha circunstancia puedan ser trasladados al trabajador que requiere la prestación de los servicios de salud o que reclama su pensión por cumplir ya con los requisitos para acceder a ella.”

Por tanto, se presume que hay allanamiento a la mora, cuando (i) el empleador negligente, cancela los valores adeudados, (ii) se evidencia que los adeuda dentro del historial laboral del trabajador, como consecuencia de una relación laboral existente y (iii) el incumplimiento no es atribuible al asalariado, a quien se le dedujo cumplidamente su porcentaje obligatorio.

6. Régimen subsidiado en materia pensional. Reiteración de jurisprudencia

La Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Solidaridad Pensional en virtud del principio de solidaridad dispuesto en el artículo 48 de la Carta. El artículo 25 de la mencionada ley, señaló que tal fondo es “una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, cuyos recursos están dispuestos en dos subcuentas: una de solidaridad y otra de subsistencia[30].

Dicha creación tiene como objetivo garantizar el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el cual contribuye a la racionalización y distribución de los recursos que el Fondo de Solidaridad Pensional posee.

En este sentido, los recursos del fondo están destinados a solventar a todas aquellas personas que se encuentren en una situación que les impida realizar los aportes al subsistema de pensiones, por lo que, debido a la escasez de recursos con los que se cuenta para hacer éste, es necesario distribuir estos dineros de tal forma que puedan organizarse de la mejor manera posible con el objetivo de cobijar a la mayor cantidad de individuos y así lograr una cobertura universal.[31]

La subcuenta de solidaridad tiene como fin subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte. El subsidio que se concede con los recursos que éste maneja, reemplaza parcialmente los aportes que el empleador y el trabajador tienen que realizar al subsistema de pensiones en los casos en que éste es trabajador dependiente o la totalidad del aporte en el caso que aquél sea trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización. [32]

La subcuenta de subsistencia persigue la “protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema”, mediante el otorgamiento de un subsidio económico hasta del 50% del salario mínimo mensual vigente a aquellos ciudadanos que tengan 65 años o más, hayan residido por lo menos durante los últimos 10 años, carezcan de recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia y que residan en una institución sin ánimo de lucro para ancianos indigentes, de acuerdo con los artículos 257 y 258 de la Ley 100 de 1993.[33]

Dichas subcuentas se encuentran reguladas en el Decreto 3771 de 2007, en el que se disponen los requisitos para que una persona pueda ser beneficiaria de una u otra. En cuanto al Fondo de Solidaridad Pensional, el artículo 13 del mencionado decreto, establece:

“Son requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la subcuenta de solidaridad, los siguientes:

1. Ser mayor de 35 años y menor de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o menores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con doscientas cincuenta (250) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.
2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o de 58 si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.
3. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Esta Corporación ha dispuesto que las cotizaciones efectuadas por el fondo de solidaridad pensional, se asimilan a las efectuadas por los empleadores por concepto de pensión, a los fondos pensionales, pues, en ambas situaciones, los dineros se efectúan como aportes a la seguridad social y, tienen como propósito, garantizar al trabajador el cubrimiento de un porcentaje fijado por la ley para efectuar la totalidad del aporte.[34]

En consecuencia, dicho fondo tiene la obligación, al igual que el empleador, de realizar los aportes correspondientes, de manera oportuna, so pena de incurrir en mora. “Para el caso del programa de Subsidio al Aporte, del Fondo de Solidaridad Pensional, se dispuso de una alianza estratégica entre fiducias del sector público con el propósito de administrar dicho fondo, en virtud del Contrato No. 352 de 2007, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio Prosperar.”[35]

El Consorcio Prosperar, es el que se encarga de recibir las cuentas de cobro por parte de las entidades administradoras de fondos de pensiones, para luego, comunicar al Ministerio de la Protección Social, para que esta realice el giro correspondiente.

En ese sentido, “si no se presenta un pago oportuno por parte de las obligadas, los fondos administradores de pensiones, en concordancia con el artículo 23 del Decreto 1295 de 1994[36], están en plena facultad de ejercer las respectivas acciones de cobro[37], con el objetivo de garantizarle al trabajador su derecho a completar su aporte en pensión.”[38]

La sentencia T-870 de 2012[39], señaló que “la mora o la omisión por parte del Fondo de Solidaridad Pensional en la transferencia de los aportes pensionales, no puede traducirse en la afectación de derechos fundamentales como son los derechos a la seguridad social, el mínimo vital, la vida y, la dignidad. De esto se concluye, que el reconocimiento de una pensión no puede supeditarse al incumplimiento de obligaciones en el pago de aportes, por parte de empleadores o fondos que otorgan subsidios para el pago de cotizaciones a pensión, pues esta circunstancia es ajena a la voluntad del trabajador y se convierte en una carga desproporcionada para el mismo, que no tiene ningún fundamento constitucional.

De esta manera, los pagos del Fondo de Solidaridad Pensional por concepto de Subsidios al Aporte en Pensión, son asimilables al pago de aportes por parte del empleador a la AFP y, en este sentido, es obligación tanto de las AFP como del mencionado fondo efectuar las cuentas de cobro y cumplir con los giros de las respectivas cuentas por pagar, sin que ello constituya un impedimento para que el trabajador pueda acceder a la pensión solicitada.”

El señor Saúl Eliseo Celis Castillo solicita mediante esta acción que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por Colpensiones, al no haberle reconocido la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, contenida en el inciso 2 del parágrafo 4 de la Ley 797 de 2003, por cuanto no cumple con las semanas requeridas para el efecto.

El actor, actualmente, cuenta con 67 años de edad y 1018 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, tiene a su cargo un hijo de 33 años, quien padece de “epilepsia con alteraciones neurológicas y deterioro mental”, y cuenta con una calificación de pérdida de capacidad del 58.85%, proferida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.

Manifiesta que el 5 de diciembre de 2011 solicitó la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad, la cual le fue negada mediante Resolución No. 103384 del 22 de febrero de 2012, al no cumplir con las semanas de cotización requeridas para acceder a dicha prestación, pues hasta esa fecha contaba con 1009 semanas. Dicha decisión fue impugnada por el actor y mediante Resolución No. 363949 del 20 de diciembre de 2013 la

entidad demandada confirmó su decisión, al considerar que “revisado el reporte de semanas cotizadas por el asegurado se pudo establecer que el señor CELIS CASTILLO SAÚL ELISEO, aunque cumple con el requisito de la edad para obtener la prestación, no reúne el cúmulo de semanas previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, toda vez que para el año 2013, la norma prevé 1250 semanas de cotización al sistema y, el asegurado, solo ostenta 1017 semanas”.

Los jueces que conocieron el presente asunto negaron la protección invocada por el señor Celis Castillo, al estimar que no existe perjuicio irremediable y que, por tanto, puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a debatir sus pretensiones.

Dentro del expediente de tutela obra el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Oscar Iván Celis Acero, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, en el que se certifica una pérdida del 58.85% con fecha de estructuración del 20 de diciembre de 1980, fecha de su nacimiento.

A folio 47 se observa una declaración extraproceso rendida el 7 de marzo de 2014 por el señor Hernando Casas Vergel en la que da fe que “(...) el señor Saúl Eliseo Celis Castillo es el padre de Oscar Iván Celis Acero, persona de 33 años de edad y con quien vive bajo el mismo techo en su lugar de residencia ubicada en el municipio de Samacá. CUARTO: Manifiesto que OSCAR IVÁN CELIS ACERO, es una persona con discapacidad, presenta epilepsia y síndromes epilépticos idiopáticos generalizados, discapacidad mental y física que presentaron también pérdida de capacidad laboral, razón por la cual depende moral y económicamente de los ingresos de su señor padre SAÚL ELISEO CELIS CASTILLO, quien ha sido la persona responsable de velar por su bienestar y sostenimiento económico suministrándole todo lo necesario para su supervivencia y manutención”.

Así mismo, se encuentra dentro de las pruebas allegadas al expediente, certificación de SaludCoop EPS en la que se evidencia como beneficiario del señor Saúl Eliseo Celis Castillo a su hijo Oscar Iván Celis.

A folio 111 del cuaderno principal del expediente de tutela se observa un acta de divorcio por mutuo acuerdo entre Saúl Eliseo Celis Castillo y la señora Cecilia Acero, de fecha 22 de mayo de 1997 y en la que se acordó que el menor “Oscar Iván Celis Acero, queda bajo la custodia de Saúl Eliseo Celis y el menor Hernan Ricardo Celis queda bajo la custodia de

Cecilia Acero, la patria potestad seguirá a cargo de ambos padres, las visitas las deja de manera abierta y libre, pues no tiene restricción alguna a la fecha y hora de estos contactos, el establecimiento queda bajo ambos padres y los alimentos cada uno responde por el menor que queda bajo su cargo (...).”

También se encuentra dentro de los documentos allegados con la tutela, historia clínica del actor en la que se evidencia que padece de “discopatía degenerativa de los discos intervertebrales en los niveles L2-L3 a L5-S1 y artrosis facetaria en los niveles L2-L3 a L5-S1 lo cual produce en conjunto disminución de la amplitud de los forámenes neurales en los niveles L3-L4 a L5-S1 especialmente L4-L5 y L5-S1 donde hay contacto con las raíces correspondientes”. Padecimiento por el cual está siendo tratado. Adicionalmente allegó copia de contrato de arrendamiento de la casa que habita con sus hijos y su esposa, por la que paga un canon de 1.000.000 de pesos, así como recibos de créditos con diversos bancos por los que debe cancelar como mínimo, entre \$500.000 y \$700.000 mil pesos, mensualmente.

En primer lugar, esta Sala se referirá a la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, pues si bien se ha dicho que este mecanismo no es viable para reclamar prestaciones económicas, excepcionalmente, en los casos en los que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, es posible desplazar al juez ordinario y conocer del asunto. En el presente caso, se observa que el actor cuenta con 67 años de edad y que padece de “discopatía degenerativa” enfermedad por la cual ha venido siendo tratado por la EPS pero, en todo caso, afirma, le impide laborar adecuadamente. Tiene un hijo en situación de discapacidad calificado con una pérdida de capacidad laboral del 58.85%, estructurada desde su nacimiento, debido a su situación, solicita pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, la cual le es negada por la entidad demandada, al no contar con las semanas exigidas por la ley.

Se considera que en el presente caso, el mecanismo de amparo constitucional es procedente por cuanto se trata de dos personas consideradas como sujetos de especial protección constitucional, en primer lugar, el hijo del señor Celis Castillo, quien es discapacitado y en segundo término, el actor, quien pertenece a la tercera edad y cuenta con una enfermedad que disminuye su fuerza laboral, según la historia clínica allegada al expediente. Situación particular que hace procedente el estudio de la presente acción de

tutela a pesar de que no se hubieren agotado los mecanismos ordinarios para controvertir las decisiones tomadas por la entidad demandada, pues estos no protegerían de manera eficaz los derechos del actor y su hijo, debido a la demora de los mismos.

Como se dijo en precedencia la pensión solicitada por el actor, es una pensión especial creada por el legislador, con el fin de proteger a los hijos en condición de discapacidad de padres o madres cabeza de familia. Dicha pensión cuenta con unos requisitos que deben ser acreditados, a saber: “(i) haber cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[40] o en regímenes anteriores, si se es beneficiario del régimen de transición[41]; (ii) la discapacidad mental o física debidamente calificada y (iii) la dependencia económica del hijo inválido.

Ahora bien, pasa la Sala a estudiar a la luz de los anteriores requisitos si el señor Saúl Eliseo Celis Castillo es beneficiario de la pensión especial de vejez solicitada. En primer lugar se evaluará si pertenece al régimen de transición con el fin de que le pueda ser aplicable el régimen anterior al cual se encontraba afiliado antes de la expedición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, consagró en su artículo 36, las condiciones para acceder al régimen de transición. Según esta preceptiva, la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que, al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1 de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios.

No obstante, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 que reformó el artículo 48 Superior, la aplicación del régimen de transición no es indefinida, a través de éste el Congreso de la República fijó un límite temporal, en el sentido de señalar que, “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a

los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

De acuerdo con lo dicho, el régimen de transición pensional perdió vigencia a partir del 31 de julio de 2010. En consecuencia, las personas que siendo beneficiarias de dicho régimen no lograron acreditar, antes de la fecha señalada, los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez conforme con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, perdieron cualquier posibilidad de pensionarse bajo el régimen de transición y, en consecuencia, solo podrán adquirir su derecho de acuerdo con los presupuestos de la Ley 100 de 1993 y las demás normas que la complementan o adicionan.[42]

Sin embargo, las personas beneficiarias del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, a saber, 25 de julio de 2005, tenían como mínimo 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, no pierden el régimen de transición el 31 de julio de 2010, sino que el mismo se extiende “hasta el año 2014”, concretamente, hasta el 31 de diciembre de 2014[43]. En consecuencia, si cumplen con los requisitos pensionales del respectivo régimen anterior al cual se encontraban afiliados antes de esta última fecha, conservarán el régimen de transición; en caso contrario, perderán definitivamente dicho beneficio, de tal suerte que deberán someterse a las exigencias de la Ley 100 de 1993 para efectos de obtener su derecho pensional.[44]

En el presente caso, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 1 de abril de 1994, el señor Saúl Eliseo Celis Castillo contaba con 48 años de edad, por lo que dicho requisito lo cumple a cabalidad para ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, según el Acto Legislativo de 2005 el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que al 25 de julio de 2005, tenían acreditadas, como mínimo, 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios, a las cuales se les extenderá “hasta el año 2014”, concretamente, hasta el 31 de diciembre de 2014.

El señor Saúl Eliseo Celis Castillo cuenta con las siguientes semanas de cotización hasta el 25 de julio de 2005, según resumen de semanas cotizadas proferido por Colpensiones:

25/06/1971 al 31 /03/1981	509.71 semanas
01/05/1981 al 01/02/1983	91,71 semanas
01/05/1997 al 30/06/1997	8,57 semanas
01/05/2003 al 31/07/2003	8,57 semanas
01/04/2004 al 31/12/2004	35,86 semanas
01/01/2005 al 25/07/2005	30 semanas

TOTAL	684.42 semanas
-------	----------------

No obstante, del reporte detallado de los pagos efectuados por el señor Saúl Eliseo Celis Castillo, proferido por Colpensiones, se observa que existen unas cotizaciones no tenidas en cuenta por existir mora en el pago de los aportes, las cuales deben ser contadas por la entidad administradora, con el fin de que el actor pueda acceder a la pensión de vejez, pues tal como se dijo en la parte general de esta providencia, la mora en el pago de los aportes por parte del empleador no es razón para que se le imposibilite al trabajador el conteo de esas semanas, más si la entidad encargada se allanó a la mora. Estás son:

Nombre o razón	social
----------------	--------

Ciclo

Reportado

Cotización Pagada

Cotización mora

Días rep

Días cot

Defensa Civil

Colombiana

200009

\$550.779

\$74.543

\$0

30

0

Defensa Civil

Colombiana

200010

\$550.779

\$74.722

\$0

30

0

Defensa Civil

Colombiana

200101

\$601.616

\$80.669

\$-549

0

Defensa Civil Colombiana

200104

\$601.616

\$81.218

\$0

30

0

Saúl Eliseo Celis Castillo

199708

\$52.000

\$6.966

\$0

30

0

Deuda por no pago del subsidio por el estado

Saúl Eliseo Celis Castillo

199709

\$172.005

\$0

30

0

TOTAL

30 SEMANAS

De lo anterior, esta Sala puede determinar que el señor Saúl Eliseo Celis Castillo, puede acreditar un total de 714.42 semanas cotizadas efectivamente al sistema general de seguridad social en pensiones al 25 de julio de 2005.

Sin embargo, del mismo reporte detallado de los pagos efectuados por el señor Saúl Eliseo Celis Castillo, proferido por Colpensiones, esta Sala evidencia que hay unas cotizaciones realizadas al Consorcio Prosperar, Fondo de Solidaridad Pensional, el cual se encarga de subsidiar los aportes del trabajador que acredite la imposibilidad de cotizar al sistema, que no son tenidas en cuenta en el conteo de las semanas, por cuanto existe mora en el pago por parte del trabajador. El detalle es el siguiente:

Nombre o razón social

Ciclo

Reportado

Cotización Pagada

Cotización mora

Días rep

Días cot

Observaciones

Consortio Prosperar

199710

\$172.005

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199711

\$172.005

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199712

\$172.005

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

199801

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199802

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199803

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199804

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199805

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consorcio Prosperar

199806

\$203.826

\$0

\$0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consorcio Prosperar

199807

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199808

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199809

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199811

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199812

\$203.826

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio	devuelto al estado
--------------------	--------------------

Consortio Prosperar

199901

\$236.460

\$0

\$0

0

Valor del subsidio	devuelto al estado
--------------------	--------------------

Consortio Prosperar

199902

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio	devuelto al estado
--------------------	--------------------

Consortio Prosperar

199903

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199904

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199905

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

199906

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199907

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consortio Prosperar

199908

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

199909

\$236.460

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consorcio Prosperar

200402

\$358.000

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Consorcio Prosperar

200403

\$358.000

\$0

\$0

0

0

Valor del subsidio devuelto al estado

Esta Sala observa que por los años de 1997, 1998, 1999 y 2004 el actor cotizó más no aportó, el siguiente tiempo:

Año

Meses cotizados

Equivalente en semanas

1997

Octubre/Noviembre/Diciembre

12,86 semanas

1998

Enero a Diciembre

52 semanas

Enero a Septiembre

38,57

2004

Febrero y Marzo

8,57

TOTAL

112 SEMANAS

En consecuencia, contando las semanas cotizadas al Consorcio Prosperar pero no pagadas por el trabajador, Saúl Eliseo Celis Castillo cuenta con 826,42 semanas en el sistema general de pensiones, a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

En relación con estas últimas semanas, esta Sala considera que tal como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de agosto de 2005, con radicación 24250, "(...) solo puede estimarse que el afiliado a la seguridad social deja de ser cotizante en el evento de su desvinculación o retiro, pero no cuando aporta al sistema, pese a incurrir en retardo o mora (...)." En el mismo sentido la sentencia del 19 de mayo de 2009, con radicación 35777 de la misma Corporación, señaló que:

"Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente.

La clasificación y declaración formal de la deuda con la seguridad social como incobrable, se ha de cumplir de conformidad con el trámite reglamentario previsto en el Estatuto de Cobranzas, el Decreto 2665 de 1988.

Así, entonces, la Sala ha de precisar los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencias de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia.

En efecto, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, el hecho de no haberse pagado la cotización, no quiere decir que esta no se hubiere causado por el trabajador, pues éste al permanecer afiliado al Sistema General de Pensiones, sigue siendo cotizante del mismo y ese tiempo de servicios debe ser tenido en cuenta, siempre que la Administradora de pensiones respectiva persiga su cobro y este se haga efectivo.

En el presente caso, el señor Saúl Eliseo Celis Castillo, permaneció vinculado en los años 1997, 1998, 1999 y 2004 al Consorcio Prosperar, Fondo de Solidaridad Pensional, no obstante, no realizó los aportes que a él le correspondían, pues así se desprende del detalle del reporte de semanas cotizadas en pensiones. Así mismo, esta Sala observa del mismo documento, que Colpensiones no realizó ninguna gestión para lograr el pago de las mismas, por el contrario, dentro de las observaciones se señala “valor del subsidio devuelto al Estado”, es decir, que a su haber entró el subsidio por parte del Consorcio, el cual fue devuelto en los términos de ley.

De acuerdo con el análisis anterior, se desprende que al actor le faltan 35.58 semanas para cumplir las 750 señaladas en el acto legislativo 1 de 2005, y así conservar el régimen de transición, tiempo que completa con lo cotizado en el régimen subsidiado en pensiones. Por lo que esta Sala considera, que al igual que como se ha tratado el tema de la mora en el régimen contributivo de pensiones, se debe dar aplicación de lo dispuesto en los casos en que se trata del régimen subsidiado, más tratándose de esta clase de afiliados a los que les es más gravoso aportar al sistema para acceder a los beneficios del régimen de seguridad social en pensiones.

Por consiguiente, en virtud de que los aportes causados consignados en la historia de la seguridad social, han de contabilizarse como cotización teniendo en cuenta que no son ineficaces o nulas tratándose de trabajadores independientes[45]; se tendrán en cuenta las semanas en que el señor Saúl Eliseo Celis Castillo estuvo afiliado al sistema subsidiado de pensiones a través del Consorcio Prosperar, únicamente, las que le faltan para completar las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 1 de 2005 para conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, es decir 35.58 semanas, sin perjuicio de que la

entidad Administradora de Pensiones, en este caso Colpensiones, pueda cobrarlas de manera coactiva al trabajador y al Consorcio Prosperar, en la proporción que corresponda, tal como lo establece los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993[46].

En ese sentido, verificado el cumplimiento de los requisitos del señor Saúl Eliseo Celis Castillo para ser beneficiario del régimen de transición, la Sala analizará si cumple con los demás presupuestos del inciso segundo del párrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a saber, haber cotizado el mínimo de semanas exigidas en el régimen de prima media establecidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993[47] o en regímenes anteriores, si se es beneficiario del régimen de transición[48]; (ii) la discapacidad mental o física debidamente calificada y (iii) la dependencia económica del hijo inválido.

El actor al ser beneficiario del régimen de transición, se le debe aplicar el Acuerdo 049 de 1990, al ser este el que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Dicho precepto normativo exige “un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

Según reporte de semanas cotizadas al régimen de pensiones, del señor Saúl Eliseo Celis Castillo, el cual obra a folio 27 del expediente, éste cuenta con 1018 semanas cotizadas al sistema, discriminadas así:

Período

Semanas cotizadas

25/06/1971 al 31 /03/1981

509,71 semanas

01/05/1981 al 01/02/1983

91,71 semanas

01/05/1997 al 30/06/1997

8,57 semanas

01/05/2003 al 31/07/2003

8,57 semanas

01/04/2004 al 31/12/2004

35,86 semanas

01/01/2005 al 25/07/2005

51,43 semanas

01/01/2006 al 31/05/2006

20,71 semanas

30 semanas

01/01/2007 al 30/06/2007

25,71 semanas

01/07/2007 al 31/08/2007

8,57 semanas

01/10/2007 al 31/12/2007

12,86 semanas

01/02/2008 al 31/12/2010

150 semanas

01/01/2011 al 31/03/2012

64,29 semanas

TOTAL

1.018 SEMANAS COTIZADAS

En consecuencia, esta Sala observa que el actor cumple con el requisito mínimo de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, pues este dispone 1000 semanas en cualquier tiempo y el actor cuenta con 1018 efectivamente cotizadas.

En cuanto a los dos últimos requisitos del inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esta Sala evidencia dentro del líbello de la demanda, el dictamen de calificación del hijo del actor, Oscar Iván Celis Acero, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, mediante el cual se certifica una disminución de su capacidad laboral en un 58,85%, con fecha de estructuración del 20 de diciembre de 1980, fecha de su nacimiento, por lo que la exigencia dispuesta en el precepto normativo mencionado, se encuentra cumplida.

Ahora bien, en lo pertinente a la dependencia económica de Oscar Iván Celis Acero de su padre, se advierte dentro de las pruebas allegadas con la acción de tutela, una declaración extra proceso, rendida el 7 de marzo de 2014, por el señor Hernando Casas Vergel en la que da fe que "(...) el señor Saúl Eliseo Celis Castillo es el padre de Oscar Iván Celis Acero, persona de 33 años de edad y con quien vive bajo el mismo techo en su lugar de residencia ubicada en el municipio de Samacá"; una certificación de la EPS SaludCoop en la que consta que Oscar Iván Celis Acero es beneficiario en el sistema de salud del señor Saúl Eliseo Celis Castillo y, por último, el acta de divorcio por mutuo acuerdo entre el actor y la señora Cecilia Acero en la que se dispone que "Oscar Iván Celis Acero, queda bajo custodia de Saúl Eliseo, la patria potestad seguirá a cargo de ambos padres y los alimentos cada uno responde por el menor que queda bajo su cargo", pruebas que para esta Sala son suficientes para comprobar la dependencia económica de Oscar Iván Celis de su padre, Saúl Eliseo Celis y, por tanto, cumplir con el requisito del inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Bajo las consideraciones anteriores, esta Sala ordenará a Colpensiones reconocer y pagar la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad al señor Saúl Eliseo Celis Castillo a partir de la fecha en que realizó la solicitud de pensión ante la entidad demandada, por cumplir con los presupuestos establecidos en el inciso segundo del parágrafo 4º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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 14 de mayo de 2014, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja que, a su vez, confirmó el dictado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Samacá-Boyacá el 21 de marzo de 2014, el cual negó el amparo solicitado y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del Señor Saúl Eliseo Celis Castillo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: LIBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretaría General

[1] Corte Constitucional Sentencia SU-037 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[2] Ver, entre otras, sentencias T-565 de 2009, T-520 de 2010 y T-1043 de 2010.

[3] Ver sentencia T-920 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[4] La jurisprudencia constitucional ha señalado que éste consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño.

[5] Ley 100 de 1993, artículo 1.

[6] Ley 100 de 1993, artículo 8.

[7] Ley 100 de 1993, artículo 10.

[8] Corte Constitucional, Sentencia C-546 del 1 de octubre de 1992, MP. Ciro Angarita Barón.

[9] Corte Constitucional, Sentencia T-183 de mayo 7 de 1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

[10] Corte Constitucional, Sentencia T-165 del 8 de marzo de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[11] Ley 100 de 1993, artículo 31.

[12] Ley 100 de 1993, artículo 32.

[13] Ley 100 de 1993, artículo 59.

[14] Ley 100 de 1993, artículo 17, modificado por la Ley 797 de 2003, “Obligatoriedad de

las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.

Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, 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 será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.”

[16] Ley 100 de 1993, Artículo 33, Parágrafo 4.

[17] Corte Constitucional, Sentencia T- 101 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[18]“La Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2004, declaró (i) condicionalmente exequible el inciso en cita, en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de carácter económico y; (ii) inexecutable el aparte tachado. Posteriormente, en sentencia C-989 de 2006, los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por el cargo analizado, en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.”

[19]M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20] M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[21]Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, reiterada entre otras por la sentencia T-101 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[22] M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

[23] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[24] Modificada por la Ley 797 de 2003.

b[25] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

[26] T-239 de 2008

[27] Corte Constitucional, sentencia T-362 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

[28] Al respecto, ver entre otras las Sentencias T-498 y de T- 236 de 2008.M. P. Mauricio González Cuervo, T-1251 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[29] M. P. María Victoria Calle Correa.

[30] Ley 100 de 1993, artículo 27.

[31] Corte Constitucional, Sentencia T- 757 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[32] Ibidem

[33] Ibidem

[34] Corte Constitucional, sentencia T-870 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[35] Ibídem.

[36] Artículo 23. Acciones de cobro: Sin perjuicio de la responsabilidad del empleador de asumir los riesgos profesionales de sus trabajadores, en caso de mora en el pago de las primas o cotizaciones obligatorias corresponde a las entidades administradoras de riesgos profesionales 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 de riesgos profesionales determine el valor adecuado, prestará mérito ejecutivo.

[37] Ver, entre otras, Sentencias T-549 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-274 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1090 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[38] El artículo 23 de la Ley 100 de 1993 dispone: “Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los

ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente”.

Artículo 5° D. 2633 de 1994: “Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // ‘Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

[39] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[40] Modificada por la Ley 797 de 2003.

b[41] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

[42] Corte Constitucional, sentencia T-652 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[43] Según el concepto No. 2194, del 10 de diciembre de 2013, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. William Zambrano Cetina, la expresión “hasta el año 2014” contenida en el parágrafo transitorio 4º del artículo 48 de la Constitución Política, “es comprensiva y no excluyente del año allí referido; además al no

señalarse un día o un mes en ese año, se debe entender que la aplicación del régimen de transición se puede hacer efectivo hasta el último día de dicho año 2014”.

[44] Corte Constitucional, sentencia T-652 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[45] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 18 de agosto de 2010, radicado No. 35467, señaló que: “Así las cosas, se impone concluir que las cotizaciones efectuadas por el trabajador independiente no dejan de serlo, ni pueden calificarse de nulas o ineficaces, como al parecer lo entiende el Instituto demandado, por efectuarse en un período que podría llamarse ‘extemporáneo, dado que, de lo establecido por el legislador, se deduce, sin duda, que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efectos retroactivos, por lo que, en consecuencia, no pueden ser tildadas de ‘irregulares’, habida consideración que siempre se harán para cada período ‘en forma anticipada’, y como dice la última norma citada, “si no se reportan anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

“Lo anotado explica, además, que los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 no hayan previsto la aplicación de sanciones moratorias, ni la posibilidad de ejercer en su contra acciones de cobro por parte de las entidades administradoras del sistema. Así lo repite el artículo 28 del Decreto 692 de 1994 cuando dice: “... Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido”. Es que, frente al criterio actual de legislador, el efectuar las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de vejez constituye para el trabajador independiente un ‘imperativo de su propio interés’, de manera que, el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional, lo que hace es dilatar en el tiempo el reconocimiento de la prestación perseguida y, en situaciones extremas, el dejar de aportar al sistema ese número mínimo, imposibilita el nacimiento del derecho perseguido.”

[46] ARTICULO. 24.-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.

ARTÍCULO 57. Cobro Coactivo. De conformidad con el artículo 79 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6a. de 1.992, las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos.

[47] Modificada por la Ley 797 de 2003.

[48] Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.