COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/177/98

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/177/98
Expediente	—
Fecha	—
Sala	Sala de
Magistrado ponente	Dr ALEJANDRO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derechos Sociales Prestacionales
- /Derechos Economicos Y Sociales
- /Derechos Minimos De Subsistencia
- Derecho Del Trabajador Para Acceder A La Pension
- Derecho A La Pension
- Sistema De Salud

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: primero.- Declarar EXEQUIBLE el segundo inciso del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor dispone "en los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora", en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, es deber de las autoridades de…

Texto completo

C-177-98 Sentencia C-177/98 Sentencia C-177/98 PENSION DE VEJEZ -Definición La pensión de vejez se ha definido por la jurisprudencia constitucional como un "salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo". Por lo tanto, "el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador". Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador.

TRASLADO DE COTIZACIONES/RECONOCIMIENTO DE TIEMPOS Y SEMANAS LABORADAS El reconocimiento del derecho para trabajadores cuyo empleador hace la respectiva transferencia y la negativa para quienes no hacen el traslado, por actos ajenos a la voluntad del asalariado, transgrede el principio de igualdad ya que "no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit. En aquellos eventos en que ya se encuentra estructurada la

obligación del patrono de cotizar a una determinada entidad administradora de pensiones (EAP), resulta contrario al derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones exigir el traslado efectivo de las sumas del empleador a la EAP para que el trabajador pueda acumular esas semanas cotizadas.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES -Vulneración por omisión del Estado /DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES -Contenido esencial /DERECHOS MINIMOS DE SUBSISTENCIA -Obligaciones internacionales El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico" (Principio de Limburgo No 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar "todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles", por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales.

DERECHO DEL TRABAJADOR PARA ACCEDER A LA PENSION -Obligación de traslado de las sumas actualizadas a la EAP Para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.

DERECHO A LA PENSION -Fundamental por conexidad En determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y DE SOCIEDADES -Protección de los derechos del pensionado Es deber de las autoridades estatales, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones pueda afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos. Por ende, las autoridades deberán intervenir eficazmente en estos casos, incluso recurriendo, cuando sea necesario, a medidas drásticas como la conmutación pensional. Las omisiones de vigilancia y control por parte de las entidades estatales podrían acarrear no sólo responsabilidades individuales de funcionarios específicos sino que pueden también comprometer, en determinados eventos, la propia responsabilidad del Estado. En efecto, en razón a que al Estado le corresponde efectuar una función de vigilancia y control de los servicios públicos, es su deber que otorgue una garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social. En este orden de ideas, la inspección que ejercen las superintendencias autorizadas debe ser eficiente, eficaz y rápida, pues lo contrario exige que el Estado asuma la responsabilidad económica que se origina por su negligencia.

SISTEMA DE SALUD -Recaudo de cotizaciones En salud la relación es más compleja ya que las EPS, si bien deben recaudar las cotizaciones, no financian los servicios directamente con base en estos dineros sino a partir de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. En efecto, en el régimen contributivo, las EPS recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FSG), por lo cual deben descontar de las cotizaciones el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al fondo. En caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización, el FSG cancela la diferencia a las EPS que así lo reporten.

SISTEMA DE SALUD -Relaciones entre empleador y entidad de seguridad social Las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -Contenido /DERECHO A RECIBIR LAS PRESTACIONES MEDICAS En la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas. Ahora bien, el sistema general de seguridad social en salud, que estableció la Ley 100 de 1993, diseñó dos subsistemas que regulan su financiación, a saber: el subsidiado, para el grupo poblacional que no tiene los medios económicos para cotizar y, el contributivo conformado por quienes aportan en proporción a su capacidad económica. Para entrar al sistema de contributivo de salud, el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono, quien debe remitirlas a la EPS. Así las cosas, la Corte concluye que en principio tiene un derecho constitucionalmente protegido a las anteriores prestaciones de salud todo asalariado afiliado al sistema de salud, y a quien el patrono le ha efectuado la retención de las sumas definidas por la ley.

TRABAJADOR INDEPENDIENTE -Aportes en salud /TRABAJADOR INDEPENDIENTE -Suspensión del servicio de salud por falta de cotización Del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la entidad promotora de salud es lineal y como tal genera derechos y deberes recíprocos directos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio general del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización.

TRABAJADOR ASALARIADO -Suspensión de la afiliación /EMPLEADOR -Mora en aportes En la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. La Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. Es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD -Interrupción de servicios /EMPLEADOR -Asunción de responsabilidad por mora en aportes Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo

no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. La Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

MORA PATRONAL -Prestación de servicios de salud primaria o subsidiariamente /ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Repetición contra el empleador En situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente.

Las anteriores precisiones no favorecen el incumplimiento del empleador ya que éste no se exonera de la obligación de transferir la cotización, puesto que la entidad promotora de salud está en todo su derecho de repetir el pago contra el empleador y así hacer efectiva la correspondiente obligación, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social. Además, la Corte precisa que en todo caso subsisten las sanciones administrativas, financieras y, si es el caso, penales que la ley prevé para el incumplimiento del patrono.

Referencia: Expediente D-1825 Normas acusadas: Artículos 33 (parcial) y 209 de la Ley 100 de 1993. Demandante: Olga Lucía Abril Temas: Afiliación y cotización a la seguridad social y a la salud.

Traslado de cotizaciones y bonos pensionales, y reconocimiento de tiempos y semanas laboradas en el sistema de prima media con prestación definida.

El incumplimiento de la obligación de cotizar del empleador y los derechos a la prestación del servicio de salud del trabajador que ha cotizado cumplidamente.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998). La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa, y por los Magistrados Carmenza Isaza de Gómez, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN Ha pronunciado la siguiente SENTENCIA I. ANTECEDENTES La ciudadana Olga Lucía Abril, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presenta demanda contra el inciso 2º del artículo 33 y el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, la cual fue radicada con el número D-1825. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO LEGAL OBJETO DE REVISIÓN. A continuación se transcriben los artículos 33 y 209 de la Ley 100 de 1993 y se subrayan los apartes acusados.

Ley 100 de 1993 (Diciembre 23) Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones El Congreso de Colombia, DECRETA (…) Artículo 33.- Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Parágrafo 1. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones; b) El tiempo de servicios como servidores públicos remunerados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. e) Derógase el artículo séptimo (7o) de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.

Parágrafo. 2. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.

Parágrafo. 3. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

Parágrafo. 4. A partir del primero (1o) de enero del año dos mil catorce (2.014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

Parágrafo. 5. En el año 2.013 la Asociación Nacional de Actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una Comisión de Actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.

(…) Artículo 209. Suspensión de la afiliación. El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio. Por el periodo de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase."

III. LA DEMANDA. Según la demandante, el artículo 33 parcialmente acusado desconoce los artículos 83 y 49 de la Constitución y el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 transgrede el 48 y 365 superiores. Afirma, que la primera norma no exige la cotización sino el traslado del aporte al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que el beneficio de la pensión queda sometido a la diligencia del empleador y no a los aportes efectivamente descontados, los que de buena fe

realiza el trabajador con el convencimiento de que se efectúa el pago. Por ello, la actora afirma que "si el empleador no hace el giro de las cotizaciones que ha retenido con cargo a la remuneración del empleado, es el Estado, en respeto del principio de la buena fe, el que debe responderle al trabajador por la pensión."

Para complementar el anterior argumento, la ciudadana cita varias sentencias de la Corte Constitucional, en materia de salud, a partir de las cuales concluye que "en el evento en que se tenga derecho al otorgamiento de una pensión donde se comprometa el concepto de mínimo vital, es más que evidente que si al trabajador se le han hecho los descuentos correspondientes, debe tener derecho a que se le otorgue la prestación, por cuanto la mora del empleador no le puede ser imputable.". En este contexto, la actora sostiene que los argumentos que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en materia de salud son los mismos para el caso de pensiones, como quiera que si el empleador hace las retenciones de las cotizaciones de seguridad social y no las gira, la entidad administradora no puede eximirse de su responsabilidad en el pago por el simple hecho de que el empleador no cumple con el deber de hacer las transferencias.

Sumado a lo anterior, la actora agrega que las entidades administradoras del régimen de pensiones tienen facultades de inspección que les permiten verificar la exactitud de las cotizaciones y de los aportes efectuados, por lo que es sencillo adelantar citas con el empleador y vigilar el cumplimiento de las cotizaciones que el empleador debe descontar. Por consiguiente, el trabajador debe tener derecho a que se le reconozca la pensión si se le hicieron los descuentos, aun cuando no se hubieren realizado las transferencias.

De otra parte, la ciudadana considera que el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 vulnera el artículo 365 de la Carta, como quiera que el servicio de salud es esencial y el Estado debe garantizar su continuidad, por lo que la financiación es su responsabilidad. Así, según su criterio "el Estado haya impuesto cargas especiales a los ciudadanos para el pago de los servicios de salud, no lo exonera en caso de que tales pagos no se realicen, de su obligación de prestar el servicio cuando está de por medio un derecho fundamental"

IV. INTERVENCIÓN CIUDADANA Y DE AUTORIDADES PÚBLICAS 4.1. Ministerio de salud El ciudadano Mauricio Fajardo Gómez, en representación del Ministerio de salud, interviene en el proceso para impugnar la demanda. En primer lugar, señala que el artículo 33 acusado y el 83 de la Constitución regulan temas disímiles, por lo que resulta "un imposible jurídico que dos normas que regulan temas completamente diferentes, sin relación alguna entre ellos, puedan tener textos contradictorios".

A lo anterior, añade que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 regula aspectos fácticos contrarios a los que expone la demandante, pues la obligación de llevar a cabo el reconocimiento y pago de la pensión de vejez se traslada a la entidad de seguridad social sólo cuando el patrono remita, debidamente actualizadas, las sumas correspondientes a las cotizaciones efectuadas por el trabajador, de lo contrario la obligación continúa en cabeza del empleador exclusivamente. Así las cosas, según criterio del interviniente, el artículo 33 no prevé que el trabajador, vinculado al régimen de prima media con prestación definida, a quien le realizan los descuentos sin que le sean trasladadas sus cotizaciones, pierda su derecho a la pensión o que el número de semanas cotizadas al empleador no le sea computado, pues lo que la norma dispone es que el reconocimiento y pago de la pensión en este régimen sólo será responsabilidad exclusiva del ISS cuando el anterior empleador haya trasladado las correspondientes cotizaciones.

Por lo anterior, la interviniente sostiene que la norma impugnada no sólo no transgrede el artículo 83 de la Carta si no que desarrolla los artículos 49 y 95 de la Constitución, como quiera que aquella dispone que quienes gocen de capacidad de pago están obligados a contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, por lo cual ellos deben efectuar la respectiva cotización. Además, sostiene que sólo los servicios de salud básicos podrán ser de obligatoria y gratuita prestación y por el contrario la asistencia de aquellos servicios de salud que no son básicos, deberán estar

asegurados por el Estado, toda vez que la Constitución sólo predica la gratuidad de los servicios básicos de salud y la garantía de la prestación de aquellos que no se consideren en la ley como primordiales.

De otra parte, el interviniente también encuentra que el artículo 209 demandado es constitucional. Para ello, realiza un repaso por la Ley 100 de 1993 con lo cual diferencia las tres formas de participación en el sistema integral de seguridad social en salud, a saber: El régimen contributivo que está conformado por quienes cotizan en forma obligatoria, esto es por quienes gozan de capacidad de pago. Dentro de este régimen existe una vinculación para quienes no tienen capacidad de pago total y este se financia por las cotizaciones obligatorias que les asegura el derecho a la asistencia mientras obtienen los beneficios del régimen subsidiado. En tercer lugar, el régimen subsidiado que establece la creación del fondo de solidaridad y garantía cuyo objeto es asumir el costo de la prestación del servicio de salud para cubrir el monto total de la cotización y así favorecer a las personas sin capacidad de pago. De lo anterior, el ciudadano concluye que el motivo determinante para establecer la forma como la persona participa en el sistema es su capacidad de pago, total o parcial. Por ello, el artículo 209 demandado sólo se aplica a quienes teniendo capacidad económica no pagan, de suerte que si existe una modificación en la capacidad de pago de la persona también habrá un cambio en la forma como se vincula al sistema, pues de acuerdo con el artículo 95 de la Constitución el ejercicio de derechos y libertades impone responsabilidades, dentro de las cuales está la de sufragar los gastos derivados de la prestación de los servicios de salud, no sólo de cada persona sino de los colombianos menos favorecidos que son subsidiados por quienes gozan de capacidad de pago.

Por último el ciudadano encuentra que la norma acusada puede ser considerada "blanda y/o complaciente", puesto que el afiliado al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud que incumple el pago de los aportes o que no los realiza en las cuantías que la ley exige, o que no los efectúa en las oportunidades a que está obligado, es dispensado por la norma acusada de pagar los correspondientes intereses durante todo el período de suspensión, lo que, a su juicio, podría generar efectos perniciosos y desestimulantes para la consolidación del sistema, ya que para afiliados absolutamente individualistas, "podría constituirse en una de las maneras más fáciles, olímpicas y reprochables de eludir y de burlar el cumplimiento del deber."

4.2. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social La jefe de la oficina jurídica del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Alba Valderrama de Peña, considera que el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 es constitucional.

Sin mayores argumentos, la ciudadana afirma que el principio de la buena fe no se vulnera sino que la norma "lo que hace es reconocer una situación y darle efectos frente al nuevo sistema". Para llegar a esa conclusión cita apartes de la sentencia T-475 de 1992 en donde la Corte Constitucional interpreta el contenido del artículo 83 superior.

De otra parte, en relación con el aparte demandado contenido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, considera que existe cosa juzgada constitucional, toda vez que, a su juicio, esta Corporación declaró la exequibilidad mediante sentencia C-410 de 1994.

4.3. Instituto de Seguros Sociales El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, Eduardo Olano Olano, considera que las norma acusadas son constitucionales. Como primera medida señala que la demanda del artículo 33 de la Ley 100 de 1997 presenta una confusión evidente, pues la norma dispone lo relativo al traslado del cálculo actuarial y no al pago de los aportes obligatorios. Entonces, en su opinión, lo que allí se autoriza es la posibilidad de acumular diferentes tiempos para adquirir derecho a la pensión, por lo que en la actualidad es factible tener en cuenta el tiempo laborado con empleadores que jamás afiliaron a sus trabajadores al sistema de seguridad social cuando se efectúe el traslado correspondiente.

A juicio del interviniente, el concepto de seguridad social que maneja nuestra Constitución está estrechamente vinculado con la obligación de asumir la cobertura y protección de las necesidades sociales que el mismo sistema decida incluir y

proteger en él, pues se debe buscar que la cobertura sea posible y que se aborde mediante protecciones específicas de lo que se entiende por seguridad social.

Por esta razón, el ciudadano explica, el ocio, la educación, la recreación, la cultura, que son necesidades sociales indiscutibles, no pueden protegerse a través de la financiación de la seguridad social. Es por ello que considera que la financiación de la seguridad social es un tema muy delicado de manejar, pues no sólo repercute en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas sino también en las variables de política económica, como el gasto público y los ajustes o desajustes del mercado.

Una vez hecha la anterior anotación, el interviniente realiza un repaso por lo que él denomina clases de seguridad social. La primera, es la seguridad social asistencial, la cual se presenta en tres formas: familiar, privada y pública. Esta última se caracteriza porque atiende sólo, a posteriori, las situaciones de indigencia, pobreza y a sectores débiles, por lo cual está condicionada a disponibilidades económicas de la administración y se financia por el Estado por vía fiscal. La segunda clase de seguridad social es la previsional, que prevé el futuro a través de la reserva de medios, puede tener financiación fiscal vía impuestos, pero se nutre especialmente a través de contribuciones del empleador, del trabajador e inclusive del Estado. Por lo tanto, en este último sistema, con las cotizaciones efectivamente realizadas se conforman las reservas pensionales que permiten en el futuro tener los fondos suficientes para el pago de las mesadas pensionales.

Ahora bien, agrega el interviniente, el Legislador en uso de sus competencias constitucionales propias, enmarcó la seguridad social en el sistema contributivo, como quiera que lo diseñó para el manejo de contribuciones parafiscales, según el cual "el que contribuye o aporta tiene derecho a sus prestaciones, el que no aporta no puede tener derecho a ellas, ya que es un sistema previsional no asistencial". Por consiguiente, el régimen de prima media con prestación definida sólo permite obtener derecho a la pensión si existe la cotización, pues el sistema sólo puede responder por una obligación del empleador cuando recibe los recursos para constituir las reservas del régimen contributivo, propios de un país en donde la seguridad social no es un servicio gratuito.

Por lo anterior, el apoderado del Instituto de Seguros considera que de aceptarse la tesis expuesta en la demanda, sería evidente la vulneración del principio de la igualdad, pues se otorgaría un trato idéntico a quien cotiza a la seguridad social y a quien no lo hace. Así mismo, considera que se beneficiaría a una persona en detrimento de la colectividad.

En este contexto, el ciudadano considera que las normas acusadas, lejos de vulnerar la Carta, desarrollan los artículos 11, 13, 49 y 366 superiores, así como garantizan el principio de la equidad y protegen contra los desequilibrios financieros. A su juicio, la demanda confunde los dos sistemas de afiliación al sistema de seguridad social en salud, los cuales presentan clara diferencia a partir de la capacidad de pago de la persona que se beneficia del mismo. Por lo tanto, quien tiene recursos económicos debe contribuir en forma imperativa, pues la obligatoriedad es el principal soporte del sistema, y el no pago de los aportes hace nugatorios los derechos de los afiliados y de los beneficiarios del régimen subsidiado.

Por último, el ciudadano concluye que las entidades de la seguridad social no pueden subsidiar a los morosos ni menos el Estado "premiar" a "quienes flagrantemente violan la ley, como lo pretende el demandante". Por consiguiente, la Corte no puede permitir que las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social "se conviertan en entidades de beneficencia, en las que los afiliados tienen derecho a todo, pero no están obligados a nada". Así mismo, agrega que no se puede permitir que estas entidades modifiquen su objeto social y se conviertan en "empresas de cobranzas".

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. El Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar, rinde el concepto de rigor y solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las normas acusadas.

La Vista Fiscal considera que el principio de solidaridad y el de prevalencia del interés general, propios del servicio público de la seguridad social, deben permear su carácter universal, es decir el Estado debe garantizar el acceso de todas

las personas en igualdad de condiciones. Para ello, el Legislador diseñó el sistema integral de seguridad social, con el cual también determinó el objeto, fundamento y características propias del régimen general de pensiones y de la seguridad social en salud. Así pues, en pensiones, se organizaron dos regímenes excluyentes pero que coexisten, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, los cuales se escogen de manera libre por quienes se afilian al sistema. Durante la vigencia de una relación laboral, los trabajadores deben cotizar de forma obligatoria al régimen de pensiones, pues así constituyen reservas para su futuro derecho y para subsidiar, a través del fondo público de solidaridad pensional, a grupos de la población que carecen de los recursos económicos para adquirir la pensión, esto último sometido a la disponibilidad presupuestal existente. Por consiguiente, el derecho a obtener la pensión de vejez en el régimen con prestación definida, que consagra el artículo 33 demandado, requiere el cumplimiento de los requisitos de edad y el número de semanas cotizadas, como elementos necesarios para mantener el sistema.

En cuanto al sistema general de seguridad social en salud, el Ministerio Público recuerda que, por su financiación, se organiza en dos subsistemas: el primero es el subsidiado, que se diseñó para los grupos de la población que no tiene los medios económicos para cotizar y, el segundo es el contributivo, conformado por el grupo que aporta al sistema en proporción a su capacidad económica. Ahora bien, los dos buscan financiar cuatro clases de servicios: el plan obligatorio de salud POS, el plan de atención básica, el plan de urgencias por accidentes de tránsito y riesgos catastróficos y, los planes complementarios.

De lo anterior, el Procurador General concluye que, tanto en materia de pensiones como en salud, las normas demandadas "permiten a los particulares cumplir con los deberes que el constituyente les ha señalado, por cuanto el sistema de seguridad social integral no es suficiente para cubrir la totalidad de las contingencias que pueden afectar a las personas, representando el instrumento a través del cual la Administración, coadyuvada por el sector privado, atiende en forma eficiente las necesidades propias del sector público de la seguridad social.". Por consiguiente, a su juicio, las disposiciones acusadas no sólo no transgreden la Constitución sino que desarrollan los principios consagrados en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 13, 48, 49 y 366 de la Constitución.

VI. FUNDAMENTO JURÍDICO Competencia. 1. Conforme al ordinal 4º del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 33 y del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra normas contenidas en una ley de la República.

Inexistencia de cosa juzgada constitucional 2. Como primera medida, esta Corporación entra a analizar si, como lo propone uno de los intervinientes, debe proferirse fallo que se esté a lo resuelto en la sentencia de esta Corporación número C-410 del 15 de septiembre de 1994, por cuanto, según su criterio, operó la cosa juzgada constitucional. Pues bien, la providencia en cita resolvió:

“Declarar exequibles las siguientes disposiciones de la Ley 100 de 1993, pero únicamente en lo relativo al cargo formulado. - Artículo 33 numeral 1o. y parágrafo 4.

- Artículo 36 inciso primero, inciso segundo en lo acusado y el inciso cuarto en su totalidad. - Artículo 61 literal b). - Artículo 64 inciso segundo.

- Artículo 65 inciso primero. - Artículo 117 literal a); incisos segundo y cuarto del literal b), y el parágrafo segundo. - Artículo 133 incisos primero y segundo y parágrafo 3.” Como se observa, la sentencia no estudió el parágrafo primero del inciso 2º del artículo 33, pues limitó la cosa juzgada al numeral 1º del inciso 1º y al parágrafo 4º de ese mismo artículo, normas que en esa oportunidad fueron las acusadas. Así mismo, no se encontró ninguna providencia posterior que hubiere analizado la constitucionalidad del inciso demandado. Por consiguiente, en ejercicio de su función

constitucional, la Corte debe entrar a conocer la acusación que versa sobre el aparte impugnado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

El asunto bajo revisión. 3. Según la demandante, las normas acusadas transgreden los artículos 48, 49, 83 y 365 de la Constitución, ya que limitan los derechos a la pensión de vejez y a la prestación del servicio de salud a asalariados que cumplieron con su obligación de realizar la cotización pero que, por asuntos ajenos a su voluntad, aquella no fue transferida a la entidad de seguridad social correspondiente. Por el contrario, los intervinientes y el Ministerio Público coinciden en afirmar que las disposiciones atacadas no sólo no vulneran la Constitución, sino que la desarrollan, como quiera que la seguridad social no es gratuita, por lo que es indispensable que se realicen los descuentos y se efectúen las trasferencias de las cotizaciones obligatorias. Así mismo consideran que el diseño del sistema de seguridad social en Colombia, que incluye el régimen de la prima media con prestación definida a que se refiere una de las normas acusadas, exige que efectivamente las cotizaciones de quienes tienen capacidad de pago sean recibidas por las entidades administradoras de pensiones, toda vez que grupos de la población que no tienen los recursos económicos suficientes para realizar la cotización, se benefician del subsidio de quienes aportan. Igualmente, en materia de salud, la Ley 100 de 1993 prevé la existencia de un régimen subsidiado que se financia en gran parte por las cotizaciones de trabajadores y patronos, por lo cual tales contribuciones deben ingresar efectivamente al sistema para garantizar su viabilidad. En tales circunstancias, si no se realiza el aporte no hay subsidios y con ello se afecta el interés de la colectividad en beneficio del sector que no hace el pago, con lo cual se vulnera la solidaridad que debe gobernar la seguridad social en el país. En igual sentido, el Ministerio Público y los intervinientes consideran que la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada significaría una transgresión del principio de la igualdad, pues se otorgaría igual trato jurídico -reconocimiento de la pensión y prestación del servicio de salud- a quienes solidariamente aportan al sistema y cotizan cumplidamente, y a quienes no lo hacen.

En consecuencia, el problema constitucional que se plantea es si constitucionalmente la entidad que presta la seguridad social a la que está afiliado un trabajador dependiente se exonera de la responsabilidad de otorgar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, y de facilitarle los servicios de salud, a trabajadores a quienes efectivamente les fueron realizados los descuentos que se exigen por la ley para cotizar al sistema, pero que, a pesar de ello las cuotas nunca se recibieron en la entidad, por razones no imputables al propio empleado. Entra pues la Corte a resolver ese interrogante, para lo cual estudiará de manera separada el problema de las prestaciones de salud y del reconocimiento de pensiones. En efecto, si bien las pensiones y la salud forman parte del sistema integral de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, por lo cual comparten importantes rasgos, lo cierto es que se trata de prestaciones que tienen particularidades propias. Además, como se verá, las normas acusadas no regulan exactamente el mismo fenómeno, pues en la salud se trata de la suspensión de la afiliación por falta de pago de la cotización, mientras que en las pensiones la disposición impugnada establece que, en determinados casos, el traslado efectivo de las sumas cotizadas es un requisito necesario para que se puedan acumular semanas o tiempos trabajados con distintos patronos. Comienza pues la Corte por estudiar el problema relativo a las pensiones.

El sistema de pensiones y el sentido del aparte impugnado del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. 4- El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala cuáles son los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el sistema de prima media con prestación definida, esto es en el sistema de reparto simple que administra el Instituto de Seguros Sociales y las cajas, fondos o entidades de seguridad social, públicos o privados, existentes a la entrada en vigencia de la Ley 100 (art. 52 de la ley citada). Uno de los requisitos para obtener el derecho es la cotización, que es obligatoria al tenor del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la cual se efectúa a la entidad en donde posteriormente se solicita el reconocimiento del derecho. Sin embargo, las cotizaciones realizadas a empleadores y a las cajas previsionales del sector público o privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión coexistirán, es decir que se amplía la posibilidad de acumulación de

aportes que había sido prevista por la Ley 71 de 1988. En efecto, antes de esa ley, y como bien lo precisó esta Corte, “no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS.

[1] ” El artículo 7º de la Ley 71 de 1988 permitió entonces la acumulación de aportes efectuados como servidor público o como trabajador privado, sistema que conserva y amplía la Ley 100 de 1993, la cual precisa, en su artículo 13, literal f), que para el reconocimiento de las pensiones “se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.” 5- Como es natural, y con el fin de evitar desequilibrios financieros en el sistema y que una entidad que no ha recibido cotizaciones de una persona se vea obligada a pagar su pensión, sin contar con el dinero necesario para ello, la ley prevé que en general la acumulación de tiempos y semanas implica un traslado de los aportes de una entidad a otra. Este traspaso se verifica a través de un título pensional, que incluye el valor de la reserva actuarial, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1887 de 1994, y requiere de aprobación por parte de la entidad administradora.

Ahora bien, para determinados casos, la ley establece que esa acumulación de tiempos laborados y de semanas cotizadas sólo será procedente si el empleador o la caja anteriores, según el caso, han efectivamente trasladado, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora. Por ende, en tales casos, las cotizaciones administradas por diferentes entidades sólo se suman si, además de la afiliación, existe el correspondiente traslado. Esto ocurre, según lo preceptuado por el inciso final del primer parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que es precisamente la norma acusada, cuando se trata (i) de semanas que fueron cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, así como (ii) del tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

Un ejemplo práctico explica mejor el contenido de la norma acusada. Así, supongamos que un trabajador ha cotizado durante 8 años en una caja de previsión privada, como podría ser la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles “Caxdac”. Supongamos que posteriormente ese trabajador se vincula al Instituto de Seguros Sociales (ISS) en donde aporta 12 años más. En tales circunstancias, conforme al inciso impugnado, el trabajador sólo puede lograr que el ISS reconozca 20 años de semanas cotizadas si opera el correspondiente traslado de Caxdac al ISS. Por consiguiente, la norma acusada consagra dos momentos diferentes: de un lado, la afiliación a una determinada entidad de seguridad social encargada del manejo del régimen de prima media, como podría ser el ISS, que opera mediante un acto de voluntad del trabajador;

y de otro lado, el traslado de las cotizaciones anteriores, de las cuales depende que se puedan acumular semanas para cumplir los requisitos legales para poder lograr el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez.

Así las cosas, la pregunta que surge es si esa exigencia del traslado se justifica constitucionalmente o, por el contrario, viola el derecho del trabajador a su pensión y desconoce la buena fe, en la medida en que se entiende que a éste le fueron efectivamente descontadas sus cotizaciones para la pensión, o al menos cumplió con la obligación de laborar durante un determinado período ya que, en determinados casos, y por acuerdo colectivo o singular entre patrono y empleado, algunas empresas asumen también la cuota legal que corresponde al asalariado. Para responder a ese interrogante, la

Corte procederá a determinar cuál es el alcance constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, para luego establecer si la eventual restricción consagrada por la disposición impugnada es proporcionada, y por ende legítima.

Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión 5- La pensión de vejez se ha definido por la jurisprudencia constitucional como un "salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo". Por lo tanto, "el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador"

[2] . Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por "la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad"

[3] , requisitos estos que "no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente"

[4] Esto muestra que la pensión es un derecho constitucional de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los requisitos para acceder a la misma. Además, se trata de un derecho que no es gratuito, pues surge de una acumulación de cotizaciones y de tiempos de trabajo efectuados por el trabajador. Esto explica que, de conformidad con los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, tanto la afiliación como la cotización al sistema de seguridad social en pensiones son obligatorias para asalariados pues, como bien lo afirman los intervinientes, la seguridad social no es un servicio gratuito para las personas que tienen capacidad de pago.

Así pues, la Ley 100 de 1993 reguló el tema de los riesgos laborales, dentro del cual incluyó el riesgo de vejez, el cual había sido asumido para el sector privado por el Instituto de Seguro Social a partir de 1967, con algunas excepciones, y lo estructuró dentro del sistema general de pensiones, el cual tiene por objeto "garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura de los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" (artículo 10 de la Ley 100 de 1993). A su vez, los artículos 33 a 37 de la Ley 100 de 1993 establecen las condiciones mínimas para la consolidación del beneficio, las cuales si bien surgen de amplias facultades legislativas "encaminadas al desarrollo del derecho a la seguridad social, dentro de las cuales están las de señalar la forma y condiciones en que las personas tendrán acceso al goce y disfrute de la pensión legal"

[5] , también es cierto que aquellas deben respetar disposiciones y límites constitucionales. 6- El reconocimiento y pago de la pensión de vejez encuentra sustento constitucional en la protección especial que debe brindar el Estado al trabajo humano en todas sus modalidades (art. 25), pues se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente. Así mismo, la pensión de vejez goza de amparo superior en los artículos 48 y 53 de la Constitución, los cuales establecen que el pago de la pensión debe realizarse de manera oportuna dentro de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, propios de la seguridad social en Colombia.

Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48). Por ello esta Corporación ya había señalado que “quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma” [6] .

Por ende, y a pesar de que el derecho a la pensión es de configuración legal, la Corte considera que la norma acusada establece una cierta limitación al contenido constitucionalmente protegido de este derecho, puesto que personas que efectivamente han cotizado durante determinadas semanas a empresas o cajas privadas no pueden acumular esos períodos por una razón que no les es imputable, puesto que no depende de ellos, sino de las empresas o las cajas, que se efectúe el traslado de la correspondiente suma actualizada. Ahora bien, en la medida en que los derechos constitucionales no son absolutos, la Carta admite restricciones a los mismos. Por ello el hecho de que la norma acusada limite el derecho a la pensión no genera en sí mismo la inexequibilidad de esa disposición. Sin embargo, estas restricciones, para ser constitucionales, deben ser proporcionales a la finalidad buscada y deben en todo caso respetar el contenido esencial del derecho constitucional. El interrogante que surge es entonces si esa restricción es proporcionada.

Posibilidades de restricción de reconocimiento de semanas trabajadas por falta de traslado 7. La finalidad de la norma acusada es evidente y constitucional, pues busca proteger los recursos acumulados por el sistema de seguridad social para el pago oportuno de las pensiones (CP art. 48). En efecto, en la medida en que se exige el traslado de las sumas actualizadas para poder acumular las semanas o tiempos trabajados y cotizados, se evita que la entidad a la que se afilia el trabajador, como podría ser el ISS, deba reconocer y pagar pensiones sin haber recibido los dineros necesarios para suministrar esa prestación, a fin de prevenir desequilibrios en el sistema que podrían incluso afectar a los afiliados que han efectivamente cotizado a esa entidad. Es pues una exigencia adecuada para alcanzar una finalidad que tiene expresa consagración constitucional, pues la Carta exige que la ley proteja los recursos destinados al pago oportuno de las pensiones (CP arts. 48 y 53). Con todo, la pregunta que surge es si ese mecanismo no implica una carga desproporcionada para aquellos trabajadores que, por razones que no les son imputables, ven limitado su derecho a que se reconozcan las semanas durante las cuales efectivamente trabajaron y realizaron los aportes determinados por la ley.

8- Para responder a ese interrogante, a modo de ilustración, es necesario distinguir dos hipótesis semejantes, pero con diferencias muy importantes, a fin de precisar el alcance mismo de la norma impugnada y por ende el sentido de la decisión que será tomada por Corte.

Así, existen casos en donde un trabajador está vinculado a una empresa que no reconoce directamente ni paga pensiones. En tales eventos, el patrono debe retener los aportes pensionales del empleado, cotizar la parte que le corresponde y remitir la suma total a una entidad administradora de pensiones, en general el ISS, puesto que nos encontramos en el sistema de prima media con prestación definida. En esta primera hipótesis se configura una suerte de relación triangular así:

P EAP Patrono Entidad Administradora de Pensiones T Trabajador - Al igual que en el caso de la salud, la relación entre T y P genera la potestad del empleador de descontar unilateralmente el pago de la cuota correspondiente al trabajador y los deberes de retención, de pagar en proporción legal y de trasladar la respectiva cotización a la EAP. Por su parte, el trabajador asalariado debe admitir que el patrono efectúe la retención del porcentaje de su salario determinado por la ley.

- El vínculo entre el P y la EAP produce el deber patronal de pagar y transferir oportunamente la cotización, que genera a su vez la facultad de la EAP de exigir lo acordado.

Así mismo, esta relación genera la obligación de la EAP a reconocer la pensión a que tiene derecho el trabajador afiliado y cancelar las correspondientes mesadas, todo lo cual exime de responsabilidad al empleador.

- Finalmente, entre la EAP y el T se origina el deber de la primera de reconocer la pensión, si se cumplen los requisitos de ley, y cancelar las mesadas, con el consecuente derecho de T a reclamar tales prestaciones.

Esa relación triangular es aún más compleja si se tiene en cuenta que, en desarrollo del principio de solidaridad que rige la seguridad social, los artículos 25 y ss de la Ley 100 de 1993 prevén la existencia de un Fondo de Solidaridad Pensional, que se financia con aportes del presupuesto nacional y con cotización adicional del 1% sobre el salario de

quienes devenguen cuatro o más salarios mínimos legales mensuales, y que pretende subsidiar los aportes de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad de su cotización.

9- En esta primera hipótesis, cuando el empresario descuenta los aportes del trabajador, no lo hace por el hecho de ser patrono y por las relaciones jurídicas laborales que existen con el trabajador, sino que el empresario actúa como una especie de agente retenedor del sistema de seguridad social. Por consiguiente, el dinero así retenido no es propiedad del patrono sino que es un recurso parafiscal del sistema de pensiones. A su vez, el trabajador no está efectuando un pago al patrono sino al sistema, por lo cual bien hubiera podido la ley prever que el empleado cotizara directamente a la EAP. Son estrictamente razones de eficiencia las que justifican la facultad patronal de retención, lo cual significa que los dineros descontados representan contribuciones parafiscales, que son propiedad del sistema y no del patrono. Es pues necesario separar jurídicamente el vínculo entre el patrono y la EAP y la relación entre la EAP y el trabajador. Por ende, en esta primera hipótesis, la Corte concluye que exigir el traslado efectivo de las cotizaciones para que se puedan reconocer las semanas o tiempos laborados por el trabajador constituye un requisito innecesariamente gravoso para el empleado, pues la propia ley confiere instrumentos para que la entidad administradora de pensiones pueda exigir la transferencia de los dineros, mientras que el trabajador carece de esos mecanismos. En efecto, en este caso, la EAP tiene las potestades y los deberes para vigilar que el patrono cumpla con la obligación de efectuar la correspondiente cotización y traslado de los dineros. Así, en particular, el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 precisa que estas entidades “tienen amplias facultades de fiscalización e investigación sobre el empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, para asegurar el efectivo cumplimiento de la presente ley”, entre las cuales figura la posibilidad de (i) verificar la exactitud de las cotizaciones y aportes u otros informes;

(ii)adelantar las investigaciones que estimen convenientes para verificar la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones no declarados; (iii) citar o requerir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, para que rindan informes; (iv) exigir a los empleadores o agentes retenedores de las cotizaciones al régimen, o a terceros, la presentación de documentos o registros de operaciones, cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; (v)ordenar la exhibición y examen de los libros, comprobantes y documentos del empleador o agente retenedor de las cotizaciones al régimen, y realizar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de las obligaciones. Además, la misma ley, en su artículo 24 precisa que para que esas entidades puedan adelantar las acciones de cobro, se entiende que “la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.” Por su parte, el artículo 57 confiere a las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida la posibilidad de establecer el cobro coactivo, para hacer efectivos sus créditos. En tales condiciones, y con ese abanico de facultades, resulta inaceptable que una EAP invoque su negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Esta situación es aún más grave si se tiene en cuenta que en muchos casos estas situaciones afectan negativamente a personas de la tercera edad, las cuales merecen una especial protección del Estado (CP arts 13 y 46).

La anterior conclusión no es en manera alguna novedosa sino que simplemente reitera criterios jurisprudenciales de esta Corte. Así, esta Corporación ya tuvo oportunidad de estudiar una situación de esta naturaleza, pues tuvo que analizar si era legítimo que la ley excluyera del reconocimiento y pago de las pensiones administradas por CAXDAC, una caja de previsión privada, a aquellos aviadores que habían laborado y cotizado en los términos de la ley pero la empresa respectiva no había efectuado los aportes de rigor a esa entidad de seguridad social. La Corte concluyó entonces que el reconocimiento del derecho para trabajadores cuyo empleador hace la respectiva transferencia y la negativa para quienes no hacen el traslado, por actos ajenos a la voluntad del asalariado, transgrede el principio de igualdad ya que "no sería entendible que, habiendo cumplido los requisitos para acceder a la pensión, algunos trabajadores se vieran privados de

esa prestación debido a circunstancias que, por ajenas a su voluntad, no están obligados a soportar, como para el caso lo serían la actitud renuente de las empresas a pagar el déficit y la no utilización, por Caxdac, de las vías jurídicas de las que se le ha dotado con la finalidad de obtener esos pagos" [7] .

Según la Corte, ese trato distinto a los aviadores, con base en hechos que no les son imputables pues dependen de la empresa, constituye un "sacrificio desmedido", el cual "lejos de contribuir a consolidar los fines de la seguridad social los desatiende". Concluyó entonces esa sentencia:

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la acción de tutela de los derechos fundamentales, ha sido enfática en sostener que los conflictos suscitados entre las empresas que no realizan los aportes de ley al sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar ese servicio no tienen por qué afectar al trabajador que requiera la prestación de los mismos o que aspire al reconocimiento y pago de pensiones, toda vez que para lograr la cancelación de los aportes se cuenta con las acciones de ley.

Esos criterios jurisprudenciales son aplicables al examen de constitucionalidad que ahora realiza la Corporación. No sería justo ni jurídico hacer recaer sobre el trabajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún cuando los trabajadores, con apoyo en su buena fe, confiaron en que una vez reunidos los requisitos de ley accederían a la pensión a cargo de Caxdac.

[8] " En providencia posterior, la Corte reiteró que "para garantizar el principio de igualdad era necesario dar similar tratamiento tanto a los aviadores civiles cuyas empresas han cumplido con el pago de aportes a CAXDAC, como aquellos aviadores cuyas empresas han incumplido con dicho pago, para efectos del reconocimiento y goce de la pensión de jubilación."

[9] . Conforme a todo lo anterior, y reiterando sus criterios jurisprudenciales, la Corte concluye que en esta primera hipótesis, esto es, en aquellos eventos en que ya se encuentra estructurada la obligación del patrono de cotizar a una determinada entidad administradora de pensiones (EAP), resulta contrario al derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (CP art. 53) exigir el traslado efectivo de las sumas del empleador a la EAP para que el trabajador pueda acumular esas semanas cotizadas.

10- La segunda hipótesis, que es la efectivamente regulada por la disposición acusada, es similar a la anterior puesto que condiciona el reconocimiento por parte de una EAP de determinadas semanas o tiempos trabajados por un empleado a que efectivamente la EAP reciba las sumas actualizadas de los dineros cotizados por tal concepto. Sin embargo, la situación es diversa, pues en este caso no se trata del incumplimiento de una empresa que tenía el deber de cotizar a una EAP sino de la relación entre distintas entidades de seguridad social o entre una éstas y una empresa que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

11- Para comprender lo anterior, es necesario tener en cuenta que antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, Colombia no contaba realmente con un sistema integral de pensiones, sino que coexistían múltiples regímenes, administrados por distintas entidades de seguridad social. Así, en el sector oficial, el reconocimiento y pago de las pensiones de los servidores públicos correspondía en general a la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y a las cajas de las entidades territoriales, aun cuando también existían otras entidades oficiales encargadas de ese manejo para determinados sectores de empleados, como los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte, inicialmente, el reconocimiento y pago de las pensiones de los trabajadores privados era responsabilidad directa de ciertos empresarios, ya que la jubilación, conforme a la legislación laboral, en especial al artículo 260 del Código del Trabajo y a las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, era una prestación especial únicamente para ciertos patronos, a saber para las empresas con capital mayor a ochocientos mil pesos.

Igualmente, en algunos casos, y para determinados sectores económicos, la normatividad laboral admitió que se constituyeran cajas de previsión privadas, como CAXDAC. Finalmente, sólo a partir de 1967, el ISS empezó a asumir el reconocimiento y pago de pensiones de trabajadores privados.

Esas distintas entidades de seguridad social no sólo coexistían sino que prácticamente no había relaciones entre ellas. Así, en el sector privado, el ISS no tenía responsabilidades directas en relación con los trabajadores de aquellas empresas que reconocían directamente pensiones, ni con los empleados afiliados a las cajas previsionales privadas. Es cierto que existían algunos mecanismos para establecer algunos mínimos vínculos entre las entidades, como el sistema de conmutación pensional, regulado por los decretos 2677 de 1971 y 1572 de 1973, y que permitía que ISS sustituyera a una empresa en el pago de las pensiones cuando se daban unas excepcionales condiciones y previo un trámite legal. Sin embargo, en términos generales, había una suerte de paralelismo entre los distintos regímenes de seguridad social que, como esta Corte lo ha reconocido, era una de las principales causas "de la ineficiencia en el sector y de la vulneración de los derechos de los trabajadores" [10] .

En tal contexto, una de las finalidades esenciales de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social (CP art.

48), fue superar esa desarticulación entre los distintos regímenes pensionales, que no sólo hacía más difícil el manejo general de esta prestación sino que se traducía en inequidades manifiestas para los trabajadores. Así, durante mucho tiempo fue imposible acumular semanas o tiempos de trabajo laborados frente a distintos patronos, con lo cual las posibilidades de muchos empleados de acceder a la pensión eran mínimas. Por ello, en la exposición de motivos de la ley 100 de 1993, se señaló al respecto:

"Otro aspecto no menos grave que los anteriores y que ha incidido en el estado de crisis que aqueja a la seguridad social se refiere a la eficacia de la misma. Esta puede analizarse a partir de dos puntos de vista que, aunque independientes, han contribuido al descrédito de las instituciones que prestan los servicios de la seguridad social.

"El primero se refiere a la multiplicidad de regímenes, la mayoría de ellos incompatibles entre sí. En efecto, existen más de 1.000 instituciones con funciones de seguridad social, la mayoría, si no todas, con regímenes propios que implican para los beneficiarios graves problemas en la consolidación de sus derechos frente a una expectativa de movilidad laboral. Sólo hasta 1988 con la ley 71 se logró crear un sistema que integrase los diversos regímenes, pero sin embargo este beneficio sólo sería aplicable a partir de 1998. Con la reforma propuesta, se unifican todos esos regímenes a partir de su vigencia y se crean los mecanismos para que esto sea una realidad" [11] .

La Ley 100 de 1993 creó entonces un sistema integral y general de pensiones, que no sólo permite, como ya se destacó, la acumulación de tiempos y semanas trabajadas, sino que genera relaciones recíprocas entre las distintas entidades administradoras de pensiones, todo con el fin no sólo de aumentar la eficiencia del manejo de seguridad social sino también de ampliar su cobertura hasta llegar a una verdadera universalidad. Por ello, de conformidad con el artículo 10 de esa ley, ese régimen se aplica a todos los habitantes, con las solas excepciones previstas por esa misma ley. Además se prevé que, a partir de la vigencia ley, y según lo establece el artículo 13, para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.

Y finalmente, como se vio, para corregir injusticias del pasado, se amplían las posibilidades de acumular semanas y períodos laborados antes de la vigencia de la ley. Por supuesto que para el régimen de transición previsto por el artículo 36 de esa ley, se deberá tener en cuenta el principio de favorabilidad, tema que se desarrolló en la sentencia C-596 de 1997, y se respetarán los derechos adquiridos, como lo señalan los artículos 11 de la misma Ley 100 de 1993 y el artículo 58 de la Carta.

12- Como es natural, para poner en marcha ese sistema general de pensiones, resultaba necesario establecer mecanismos de transición que permitan acumular semanas o períodos efectuados ante distintas empresas o entidades de seguridad social, puesto que no resulta armónico con principios elementales de responsabilidad que una entidad de seguridad social deba reconocer los tiempos laborados y cotizados por un trabajador ante otra entidad. Así, según el ejemplo presentado anteriormente en esta sentencia, no parece justo que el ISS deba reconocer las semanas cotizadas por un aviador ante CAXDAC, si ésta última entidad no hace el traslado efectivo del bono pensional, puesto que el ISS no tenía ninguna vigilancia sobre CAXDAC ni sobre las empresas de aviación. Por ende no puede imponerse al ISS una responsabilidad por un hecho totalmente ajeno a sus competencias y a su voluntad. En esta segunda hipótesis no son válidas entonces las razones señaladas en los fundamentos 8 y 9 de esta sentencia para imponer a la EAP el reconocimiento y pago de las semanas laboradas por el trabajador, incluso si el patrono no había efectuado el correspondiente traslado, por cuanto la situación es distinta. En efecto, en la primera hipótesis, la EAP no sólo tiene un deber de vigilancia sobre la empresa sino que cuenta además con amplias facultades para hacer efectivo el pago de los aportes. En esta segunda hipótesis, por el contrario, el ISS carece de mecanismos de control sobre CAXDAC ya que, en el pasado, se trataba de regímenes prácticamente separados.

13- En tal contexto es que encuentra perfectamente sentido la disposición acusada, según la cual, para que en estos casos pueda operar la acumulación de tiempos y semanas, es necesario que la anterior caja previsional privada o la empresa efectúe el correspondiente traslado del bono pensional. Por ende, en este caso la norma impugnada no sólo es claramente adecuada para alcanzar una finalidad constitucionalmente importante, como es proteger los recursos parafiscales destinados a pensiones, sino que, no resulta razonable imponer, en el sistema de prima media con prestación definida, a una EAP, como el ISS, el reconocimiento de unas semanas cotizadas ante una empresa o ante otra entidad de seguridad social, cuando la EAP no sólo no recibió los dineros sino que, además, no tenía ninguna responsabilidad por el recaudo de esas sumas. La declaratoria de inexequibilidad impondría entonces, de manera inmediata, una carga financiera a determinadas EAP, la cual puede resultar no sólo contraria a criterios elementales de responsabilidad sino que además podría afectar la solvencia financiera de esas EAP, con lo cual se podría incluso poner en peligro la viabilidad misma del sistema general de pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993.

14- De otro lado, la Corte considera que es necesario tomar en cuenta que la Ley 100 de 1993 no ha restringido la posibilidad de acumular semanas o períodos laborados para el reconocimiento de las pensiones sino que ha pretendido universalizarlo y corregir así inequidades del pasado, con lo cual esa legislación promueve una igualdad real y efectiva (CP art. 13). Lo que sucede es que para alcanzar esa finalidad es necesario prever mecanismos de transición, como el establecido por la norma acusada, debido no sólo a la anterior desarticulación que existía en el régimen pensional en el país sino además, por cuanto la seguridad social es un derecho prestacional que debe ser satisfecho con recursos económicos e institucionales limitados. Es cierto que tales mecanismos de transición pueden implicar ciertas cargas importantes para determinadas personas, pero la Corte entiende que esas diferencias de trato encuentran mayor justificación en estos procesos de cambio en que el Legislador pretende alcanzar una mayor justicia social, ampliando la cobertura de estos derechos prestacionales. En efecto, en tales eventos, la ley no está incrementando las desigualdades sociales en un determinado aspecto, caso en el cual el control constitucional debería ser más intenso, sino que, por el contrario, está reduciendo progresivamente y por etapas tales desigualdades. Y esta estrategia es constitucionalmente admisible ya que en muchas ocasiones es irrazonable exigir al Legislador que corrija de manera inmediata agudas desigualdades del pasado, si los recursos son limitados para tal efecto, o los diseños institucionales necesarios para lograr el objetivo previsto son complejos y requieren difíciles procesos de ajuste. En tales casos, y siempre y cuando la ley no recurra a categorías discriminatorias, o no imponga cargas excesivas a determinados grupos poblacionales en condiciones de debilidad manifiesta, la Carta autoriza una corrección progresiva de las desigualdades. En efecto, la igualdad real y efectiva entre los colombianos es un objetivo que el Estado debe promover y buscar (CP art 13) pero

resulta ingenuo pensar que esa igualdad puede ser alcanzada de manera inmediata en todos los campos. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

“A veces es necesario y razonable que estos problemas acumulados sean corregidos en forma progresiva, siempre y cuando, al hacerlo, las autoridades no utilicen criterios discriminatorios. El examen de constitucionalidad no puede ser entonces muy estricto, por cuanto la asignación de recursos escasos para corregir injusticias acumuladas implica difíciles problemas de evaluación del impacto y de las posibilidades reales de las distintas políticas, por lo cual en principio corresponde a los órganos políticos debatirlas y adoptarlas. El Legislador goza entonces de una cierta libertad para escoger entre cursos alternativos de acción, según la razonable evaluación que haga de las diferentes estrategias.

[12] ” Por ello la propia Carta establece que la ampliación de la cobertura de la seguridad social debe ser progresiva (CP art 48), lo cual concuerda con lo preceptuado por los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales han precisado que los derechos prestaciones, como la seguridad social, son de realización progresiva y deberán ser garantizados por el Estado de acuerdo a los recursos de que disponga [13] , lo cual no significa, empero, que tales derechos carezcan de eficacia jurídica. En efecto, esta Corte ya había precisado sobre este punto lo siguiente:

“El deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico” (Principio de Limburgo No 25). Por ende, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan poderosas razones que justifiquen la situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar “todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos disponibles”, por lo cual, si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de estos derechos, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales.

[14] ” Interpretación conforme a la Carta de la norma acusada. 15- Conforme a lo anterior, la Corte mantendrá en el ordenamiento el inciso acusado. Sin embargo, esta Corporación entiende que una declaración de exequibilidad pura y simple de esa norma es constitucionalmente problemática ya que podría implicar cargas desproporcionadas para aquellos trabajadores que no pueden acumular, para el reconocimiento de su pensión, tiempos que fueron efectivamente laborados. En efecto, no se puede olvidar que la Carta no sólo protege el pago oportuno de las pensiones sino que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP arts 48 y 53).

Además, tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP arts 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.

Así, para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia. Es entonces

deber del Legislador desarrollar en concreto ese mecanismo judicial, tomando en cuenta las especificidades y complejidades de la situación; sin embargo, como tal mecanismo no existe, la Corte recuerda que los derechos fundamentales no son exclusivamente aquellos consagrados de manera taxativa en el Título II, Capítulo I de la Carta [15] .

Por ende, la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexidad con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad (C.P. art. 46) [16] .

Así mismo, la doctrina constitucional ha señalado que, cuando se afecte el mínimo vital de personas de la tercera edad, el derecho al pago de la pensión de vejez o de jubilación también tiene el carácter de derecho constitucional fundamental [17] , como quiera que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social [18] y al trabajo, pues "nace y se consolida ligado a una relación laboral"

[19] . Igualmente, en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexidad con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta Corporación en la sentencia SU-111 de 1997. En tales circunstancias, la Corte entiende que la tutela puede ser procedente en aquellos casos en que la acumulación de esas semanas, y por ende el traslado de las sumas cotizadas, aparecen asociados al desconocimiento del mínimo vital o a la violación de la igualdad y del debido proceso.

16- La anterior posibilidad protege las semanas y tiempos laborados en aquellos casos en que un trabajador se afilia a una nueva EAP y la anterior empresa o entidad previsional privada, según el caso, conservan una adecuada solvencia y liquidez financieras. Sin embargo, ¿qué sucede cuando se trata de situaciones colectivas derivadas de un deterioro de la capacidad económica de la empresa o la caja susceptible de poner en peligro la posibilidad misma del traslado del bono pensional? En estos eventos, la Corte considera que, para proteger adecuadamente los derechos a la pensión de los trabajadores, y en especial la posibilidad de exigir el traslado de las sumas cotizadas para poder acumular tiempos y semanas ante otra EAP, es necesario tomar en cuenta los criterios sentados por esta Corporación en anteriores decisiones en donde tuvo que estudiar situaciones similares [20] . Dijo entonces esta Corte:

“Las normas legales que obligan a las empresas que han asumido directamente el pasivo pensional a constituir las garantías necesarias para asegurar el pago oportuno de las mesadas pensionales (artículo 13 ley 171 de 1961 y artículo 10 del Decreto Reglamentario 426 de 1968); aquellas que establecen la figura de la conmutación pensional, aún a riesgo de que la empresa tenga que liquidarse o de que se dejen de pagar otros créditos (Decreto 2677 de 1971 y decreto reglamentario 1572 de 1973); las que adjudican a las autoridades públicas la tarea de vigilancia y control de las empresas que tienen acreencias pensionales (artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo); entre otras, deben ser entendidas como el desarrollo manifiesto del deber de especial protección que la Carta impone a los poderes públicos respecto de las personas de la tercera edad.

Así por ejemplo, el decreto 2677 de 1971 indica que habrá lugar a la conmutación pensional cuando una empresa con pensiones de jubilación pendientes entre en proceso de cierre o de liquidación, o en cualquier otra circunstancia que pueda “hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores”. En estos casos el Instituto Colombiano de Seguros Sociales iniciará los trámites de rigor y, dado el caso, procederá a dictar la correspondiente resolución ordenando el pago de la suma necesaria para garantizar los derechos comprometidos. El artículo 9 del mencionado decreto indica que no se autorizará la liquidación ni el cierre mientras la empresa interesada no presente la constancia de pago, a favor del ICSS, de la suma necesaria para que el Instituto pueda sustituirla en el pago de sus obligaciones pensionales. Adicionalmente, el artículo 9 del decreto 1572 de 1973, establece, claramente, que “los patronos o empresas a cuyo cargo existan

obligaciones pensionales y que aún no tengan constituida garantía suficiente para pagarlas, no podrán efectuar enajenación de sus haberes, ni negociación alguna con respecto a ellos, desde el momento en el que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social haya iniciado los estudio de que trata este Decreto - se refiere a los estudios para adelantar el trámite de conmutación pensional -, lo cual se hará saber al patrono o empresa por comunicación oficial". A este respecto, el parágrafo del artículo citado señala : "La enajenación o negociación que las empresas o patronos efectúen con violación de este artículo tendrá causa ilícita".

Si una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional incumple las normas que tienden a garantizar el pago prioritario de las acreencias pensionales, las autoridades competentes deben actuar de inmediato para evitar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados.

[21] " La Corte entiende que, conforme a lo anterior, es deber de las autoridades estatales, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones pueda afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos. Por ende, las autoridades deberán intervenir eficazmente en estos casos, incluso recurriendo, cuando sea necesario, a medidas drásticas como la conmutación pensional.

17- Por las anteriores razones, la Corte condicionará la exequibilidad de la disposición impugnada a fin de resguardar los derechos de los trabajadores, en función del principio hermenéutico de concordancia práctica y a fin de proteger el derecho al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones (CP arts. 38 y 53). Con todo, esta Corporación precisa que esos mecanismos en manera alguna implican una absolución de las responsabilidades de quienes hayan incumplido sus obligaciones en materia pensional, ya sea que se trate del empleador que no efectúa el traslado de las cotizaciones o de la EAP que no ejerce adecuadamente sus funciones. Por todo ello la Corte reitera que las entidades administradoras de pensiones y los órganos administrativos encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas a los empleadores, deberán actuar con toda energía, eficiencia y prontitud para que los traslados correspondientes a las cotizaciones obrero- patronales se realicen de manera oportuna y no afecten los derechos económicos de las entidades respectivas, para lo cual deberán utilizar todos los medios jurídicos y técnicos necesarios que les permitan mantener el equilibrio financiero. En particular, esta Corporación destaca que las omisiones de vigilancia y control por parte de las entidades estatales podrían acarrear no sólo responsabilidades individuales de funcionarios específicos sino que pueden también comprometer, en determinados eventos, la propia responsabilidad del Estado. En efecto, en razón a que al Estado le corresponde efectuar una función de vigilancia y control de los servicios públicos (art. 365), es su deber que otorgue una garantía de estabilidad y consolidación económica de las empresas que administran la seguridad social. En este orden de ideas, la inspección que ejercen las superintendencias autorizadas debe ser eficiente, eficaz y rápida (C.P. art. 209), pues lo contrario exige que el Estado asuma la responsabilidad económica que se origina por su negligencia (C.P. art. 90).

El sistema de salud y el sentido de la norma acusada. 18- El artículo 209 de la Ley 100 de 1993 acusado dispone que, en el sistema contributivo, la ausencia de cotización es causal de suspensión de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud. Por ende, la norma autoriza que cuando se presenta incumplimiento del pago de la cotización no se suministre el servicio de salud. Sin embargo, conviene aclarar que en caso de trabajadores asalariados, el empleador está obligado tanto a descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, como a girar los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud (inciso 2º del art. 161 de la Ley 100 de 1993). Por tal razón, incluso en el caso en que no se hubiere realizado la deducción obligatoria, el empleador es responsable por la totalidad del aporte (art. 22 en consonancia con el 161 de la Ley 100 de 1993). Por consiguiente, el momento jurídico del pago de la cotización coincide con el descuento de la cuota correspondiente, sólo en el caso de los trabajadores

dependientes. Por el contrario, para los otros afiliados obligatorios al sistema general de seguridad social en salud, esto es para pensionados y trabajadores independientes con capacidad económica, el pago de la cotización debe ser directo.

19 - Este contenido de la norma se entiende mejor si tenemos en cuenta que la ley 100 de 1993 estructura un sistema de seguridad social en el cual no existe sólo una relación entre el trabajador y el patrono, sino que también entran en juego las entidades promotoras de salud (EPS), que son las responsables de la afiliación de los trabajadores, del recaudo de las cotizaciones y de controlar que las instituciones prestadoras de salud (IPS) lleven a cabo una atención adecuada de los usuarios de la respectiva EPS. Existe pues, en relación con los asalariados, una relación triangular similar a la descrita para el caso de las pensiones en el fundamento 8 de esta sentencia.

Es más, en salud la relación es incluso más compleja ya que las EPS, si bien deben recaudar las cotizaciones, no financian los servicios directamente con base en estos dineros sino a partir de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. En efecto, conforme al artículos 205 de la Ley 100 de 1993, en el régimen contributivo, las EPS recaudan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FSG), por lo cual deben descontar de las cotizaciones el valor de las Unidades de Pago por Capitación -UPC- fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladar la diferencia al fondo.

En caso de que la suma de las UPC sea mayor que los ingresos por cotización, el FSG cancela la diferencia a las EPS que así lo reporten. Como vemos, el sistema de salud diseñado por la Ley 100 de 1993 se fundamenta en unas relaciones jurídicas complejas e interconectadas, por lo cual es necesario tener en cuenta tanto el derecho a las prestaciones de salud del trabajador a quien se le realizaron los descuentos como los alcances de la relación jurídica existente entre las entidades administradoras de la seguridad social y el empleador, así como los vínculos entre las EPS y el FSG.

Ahora bien, pese a que en ocasiones se confunden, las consecuencias jurídicas de estas relaciones, lo cierto es que ellas no son las mismas, como quiera que cuando un trabajador decide afiliarse a una entidad determinada, inmediatamente vincula a su empleador, quien será el medio para conseguir la protección de sus derechos constitucionales. Por consiguiente, si se eluden los deberes que se derivan de cada una de las relaciones, las consecuencias jurídicas serán diferentes. En efecto, al estudiar con detenimiento el momento de la afiliación y de la cotización al sistema de salud, se evidencia que las consecuencias del incumplimiento de las dos relaciones encuentran claras coincidencias y diferencias legales. Así, la negativa a la afiliación, como es obvio, no vincula jurídicamente a la entidad administradora de seguridad social, y el empleador se obliga a asumir directamente el pago de los servicios médicos (artículo 161 de la Ley 100 de 1993). En consecuencia, si no hay afiliación, la entidad promotora de salud no debe prestar los servicios al trabajador, como quiera que "la existencia del sistema de seguridad social no desplaza la obligación primaria radicada en cabeza del patrono"

[22] . No obstante, la inobservancia de la obligación de cotizar a la seguridad social genera sanciones moratorias, administrativas y disciplinarias en caso de que el incumplimiento del deber se ocasione por culpa de un servidor público. Igualmente, si el patrono no transfiere a las EPS las sumas retenidas, no solamente se encuentra sujeto a las sanciones administrativas y económicas previstas por la Ley 100 de 1993 sino que además su conducta podría ser penalmente sancionada, pues estaría desviando recursos que no son suyos, ya que tales dineros, tal y como esta Corte lo ha precisado, son contribuciones parafiscales afectadas a propósitos específicos [23] .

De la misma manera, la posición jurídica de la entidad que administra la seguridad social frente al incumplimiento de la afiliación y de la cotización no es la misma, como quiera que mientras la omisión de afiliación no le genera potestades ni deberes, la negligencia en el pago de la cotización sí, puesto que puede exigir judicialmente su cumplimiento.

En síntesis, las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y los entes que administran los recursos destinados a

la prestación de los servicios de salud, puesto que aun en caso en que se imponga una sanción por omisión y que se logre el pago de la cotización, el derecho del trabajador no se agota sino que es indispensable que se garantice la efectividad del mismo (C.P. artículo 2º). En este orden de ideas, la pregunta obvia que surge es la siguiente: ¿el incumplimiento del deber de cotizar justifica constitucionalmente la interrupción de los servicios de salud al empleado por parte de la EPS e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la norma acusada? Para responder a ese interrogante, la Corte procederá a determinar cuál es el alcance constitucionalmente protegido al derecho a la seguridad social en materia de salud, para luego establecer si la aparente restricción consagrada por la disposición impugnada es legítima.

Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud. 20- La jurisprudencia de la Corte distingue entre la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales [24] . Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad [25] con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (CP arts 48 y 49). Una pregunta obvia surge entonces: ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud en materia de seguridad social? Para la Corte la respuesta es clara: en la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas. Ahora bien, el sistema general de seguridad social en salud, que estableció la Ley 100 de 1993, diseñó dos subsistemas que regulan su financiación, a saber: el subsidiado, para el grupo poblacional que no tiene los medios económicos para cotizar y, el contributivo conformado por quienes aportan en proporción a su capacidad económica. Los dos subsistemas comprenden seis planes: el plan de atención básica en salud PAB, el plan obligatorio de salud POS, el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado POSS, el plan de accidentes de trabajo y enfermedad profesional ATEP, el plan de atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos; y los planes complementarios PACS que los define el artículo 3º del Decreto 1938 de 1994.

Igualmente, la misma ley 100 de 1993 señaló que para entrar al sistema de contributivo de salud, el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono, quien debe remitirlas a la EPS. Así las cosas, la Corte concluye que en principio tiene un derecho constitucionalmente protegido a las anteriores prestaciones de salud todo asalariado afiliado al sistema de salud, y a quien el patrono le ha efectuado la retención de las sumas definidas por la ley.

La proporcionalidad de la regulación impugnada. 22- Una vez definido el alcance o contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad social en materia de salud, entra la Corte a estudiar la legitimidad de la regulación impugnada, para lo cual es indispensable distinguir, de un lado, la no cotización al sistema contributivo de trabajadores dependientes y, de otro lado, el incumplimiento en el pago del aporte de pensionados, jubilados y personas que no tienen relación laboral. Así, en el segundo caso, las personas realizan directamente los aportes, por lo cual la relación con la

entidad promotora de salud es lineal y como tal genera derechos y deberes recíprocos directos. Por consiguiente, la suspensión del servicio de salud por falta de cotización no transgrede la buena fe, pues el principio general del derecho impone que nadie puede alegar su propia culpa. Además, en este caso no existe en sentido estricto una restricción al derecho constitucional del trabajador independiente ya que, como se vio, la persona adquiere el derecho a la prestación en salud en la medida en que ha cumplido con las obligaciones establecidas por la ley, como es efectuar la correspondiente cotización. Por ende, la aplicación de la norma en este caso es perfectamente legítima.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores dependientes, la situación es más compleja ya que la disposición parece limitar el derecho a la salud, puesto que un asalariado a quien le han retenido sus cuotas puede sin embargo ver suspendida la atención prevista por la ley, en caso de que el patrono no haya efectuado su aporte o no haya trasladado la totalidad de la cotización a la correspondiente EPS. El interrogante es entonces si esa aparente restricción es conforme a la Carta, esto es, si es válido que el incumplimiento del patrono de cotizar la parte que le corresponde y efectuar los traslados a la EPS de las sumas retenidas al trabajador puede implicar la interrupción de los servicios de salud por parte de la EPS, e incluso la suspensión de la afiliación al sistema, tal y como lo establece la disposición impugnada.

El caso de los trabajadores asalariados. 23- Para responder al anterior interrogante es necesario tener en cuenta que la disposición acusada busca hacer efectivo el derecho a la seguridad social (CP art. 49) de quienes oportuna y cumplidamente cotizan con las entidades administradoras de salud, con lo cual se pretende, además, proteger los recursos parafiscales [26] de la seguridad social y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y las transferencias de las cotizaciones, las cuales, en virtud del principio de solidaridad, revierten en beneficio no sólo del asalariado y su familia sino también de otras personas, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud. Se trata pues de finalidades que no sólo son jurídicamente legítimas sino que tienen gran importancia, conforme a los valores constitucionales, puesto que la Carta establece que la eficiencia y la solidaridad son principios que orientan el sistema de seguridad social en salud (CP arts 48 y 49), por lo cual se deben proteger los recursos económicos que financian el sistema.

24- La norma acusada es igualmente útil y apropiada para favorecer los fines perseguidos. En efecto, en la medida en que las EPS quedan relevadas del deber de atender las prestaciones de salud cuando el patrono no ha transferido las cotizaciones, entonces se protegen los recursos parafiscales de la seguridad social y se estimula la eficiencia del sistema, por cuanto la suspensión de la afiliación por el no pago de la cotización implica que el patrono queda obligado a asumir las prestaciones de salud. En ese orden de ideas, la norma acusada estimula a los patronos a que cumplan con su deber de cotizar y transferir los dineros a la respectiva EPS. Además, es una norma compatible con la lógica general de funcionamiento del sistema de salud diseñado por la Ley 100 de 1993. En efecto, debe recordarse que las EPS prestan los servicios con base en sus recursos, los cuales provienen en lo esencial de las unidades de pago por capitación (UPC) que reciben del sistema por cada afiliado. Por tal razón, es deber de la EPS remitir la cotización recibida al fondo de solidaridad para tener derecho a la correspondiente UPC; por ende, si el empleador no paga, entonces la EPS no recauda la cotización, y no puede compensar con el fondo de garantía, por lo cual podría resultar injusto exigir a la EPS que atienda al trabajador, cuando no ha recibido los dineros -la correspondiente UPC- necesarios para realizar la respectiva prestación sanitaria.

25- Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte considera que es necesario distinguir las dos consecuencias previstas por la norma, ya que ésta establece no sólo la interrupción de la prestación del servicio sino incluso la suspensión de la afiliación, Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo “podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último

año.” Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si éste no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente. Es cierto que todo el sistema de seguridad social está estructurado sobre la idea de que las entidades idóneas para satisfacer las prestaciones en salud son las EPS y las IPS. Y esa presunción es razonable, ya que la mayor parte de los patronos no tiene la competencia técnica ni la solvencia financiera para garantizar efectivamente a sus trabajadores las prestaciones sanitarias definidas por la ley. Sin embargo, no por ello la norma impugnada es contraria a la Carta, pues debe recordarse que el derecho a la salud es de amplia configuración legal, por lo cual debe reconocerse al Congreso la posibilidad de regular de distintas formas el acceso a la salud. En estos casos no procede un examen estricto de proporcionalidad pues la propia Constitución ha deferido a la ley la delimitación misma de gran parte del contenido del derecho. Por todo lo anterior, la Corte considera que en principio se ajusta a la Carta que, en caso de mora patronal, se autorice la interrupción de los servicios por la EPS a los asalariados, tal y como lo prevé la norma impugnada.

La presente decisión y la jurisprudencia constitucional sobre la mora patronal en el pago de los aportes de salud. 26- Podría objetarse que los anteriores criterios contradicen varios precedentes de esta Corporación en materia de tutela, en donde se habían señalado otras consecuencias para la mora patronal en el pago de las cotizaciones a la salud.

Y lo cierto es que sobre el tema de quien es el llamado a prestar el servicio de salud cuando se presenta la mora patronal, la Corte Constitucional ha esbozado dos tesis en sus decisiones de tutela. La primera puede analizarse en las sentencias T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-154A de 1995 y T-158 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-072 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-202 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz, en donde se dispone que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. Por el contrario, la segunda tesis considera que si por descuido o dolo del empleador aquel no realiza los correspondientes traslados, él debe prestar directamente los servicios médicos.

(Sentencias T-330 de 1994 y T-01 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-341 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-571 de 1994 y T-131 de 1995M.P. Jorge Arango Mejía, T-005 de 1995 y T-287 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

27- Estas divergencias se explican, en muchos casos, por la diversidad de las situaciones concretas, propias de las decisiones de tutelas. Además, como se ha señalado, si bien es válido que la ley atribuya al patrono el deber de responder por los servicios de salud, en caso de mora o incumplimiento, lo cierto es que este traslado de la obligación no exonera integralmente a la EPS de las responsabilidades en que hubiera podido incurrir, por negligencia en la vigilancia de que se realicen los aportes. En efecto, la Ley 100 de 1993 confiere herramientas para facilitar no sólo la eficiencia en el reconocimiento de los derechos a la seguridad social sino también la eficiencia en el cobro de las acreencias en favor de las entidades administradoras de la seguridad social, a fin de que se protejan y se hagan efectivos los derechos de todos los trabajadores y el principio de solidaridad. Igualmente, y con el fin de fortalecer estas posibilidades de cobro por parte de estas entidades, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 determinó que las normas de procedimiento, sanciones,

determinación, discusión y cobro del libro quinto del estatuto tributario, “serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de 1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993”. Esto significa que, al igual que las entidades administradoras de pensiones, se entiende que las EPS tienen la posibilidad de establecer el cobro coactivo para hacer efectivas sus acreencias derivadas de la mora patronal.

Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos, como quiera que el principio de eficiencia, especialmente consagrado para la seguridad social y para la salud (CP arts 48 y 49), dispone una gestión adecuada para el cobro de las acreencias a su favor. Así pues, cuando la EPS no cumple con su deber de administrador eficiente de los recursos falta a la "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes" (art. 63 del Código Civil).

Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental.

28- A pesar de lo anterior, la Corte considera necesario fijar algunos criterios generales para resolver estos conflictos derivados de mora patronal, de conformidad con los razonamientos adelantados sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada.

Ahora bien, la jurisprudencia es unánime en relación con la imposibilidad de que la responsabilidad por el no pago de los aportes patronales recaiga sobre el trabajador, pues esto "implicaría trasladar al trabajador, activo o retirado, sin razón jurídica atendible, las nocivas consecuencias de la negligencia e irresponsabilidad patronal"

[27] . Por consiguiente, si el empleador no efectúa oportunamente las transferencias de los aportes obrero- patronales en materia de salud, que efectivamente fueron deducidos de los salarios, las consecuencias jurídicas de su incumplimiento no pueden afectar el derecho del trabajador a la salud.

[28] , más aún cuando "la omisión del empleador es incompatible con la confianza depositada por el trabajador", por ende el principio de la buena fe (C.P. art. 83), resultaría de ese modo quebrantado"

[29] . Igualmente, la jurisprudencia es clara en que la obligación del empleador no puede ser reemplazada por aquella de la Entidad Promotora de Salud, ni que su deber se exonera con la intervención de la entidad administradora, como quiera que la cotización es una forma indispensable y obligatoria para acceder a los servicios, pues estas son entidades de seguridad social y no de beneficencia.

(Sentencia T-522 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.) Finalmente, la jurisprudencia coincide en relación con la procedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en donde la desatención del derecho a la salud puede comprometer derechos fundamentales como la vida, caso en el cual el juez podrá ordenar ya sea a la EPS, o ya sea al patrono, según las circunstancias específicas, que presten el servicio indispensable y que luego resuelvan las controversias derivadas de la relación jurídica que los une.

La interpretación conforme a la Carta de la norma acusada. 29- En ese orden de ideas, la Corte entiende que en principio la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS es válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el Legislador tiene una amplia libertad para regular la materia. Sin embargo, en determinados casos, y si está de por medio un derecho fundamental, y el juez considera que no es posible que el patrono preste el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS, como lo ha hecho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela, que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido.

Igualmente, la Corte también considera que en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, la aplicación de la norma puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental, ya que en tal caso habría una restricción desproporcionada del derecho a la salud del trabajador, pues éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley, y sin embargo no puede reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende en tales eventos, la Corte considera que también podría el trabajador exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono.

30- Esto muestra pues que la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono. Esta responsabilidad originaria del empleador en caso de mora encuentra fundamento no sólo en elementales principios de responsabilidad sino en la propia Carta.

En efecto, el artículo 53, que regula los principios mínimos del derecho laboral, señala que se debe garantizar al trabajador la seguridad social. Se entiende entonces que esa norma constitucional, que se proyecta esencialmente en el ámbito de las relaciones entre patrono y empleado, está estableciendo que el responsable primario de garantizar la seguridad social de los trabajadores es el propio patrono, lo cual armoniza con el sistema diseñado por la Ley 100 de 1993, según la cual éste tiene a su cargo la obligación de afiliar a sus trabajadores al sistema. Por ende, en caso de incumplimiento de este deber legal "aquellos asumen directamente la responsabilidad de prestar el servicio"

[30] (artículo 161 de la Ley 100 de 1993). 31- Finalmente, la Corte entiende que en situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador. En efecto, la especial protección constitucional que se le brinda al núcleo familiar (CP arts 5º y 42) impone al Estado y a la sociedad la garantía de su protección integral. Por ello es natural que, en desarrollo de ese mandato, se establezca que los beneficios que se establecen para el trabajador afiliado a los sistemas se aplican también a su familia, tal y como lo señala el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que el plan de salud obligatorio de salud tendrá cobertura familiar. Por ende, si la mora patronal acarrea la suspensión de los servicios de salud para la familia del trabajador, es natural que el patrono deba primariamente también responder por tales servicios, pero que, por la responsabilidad compartida, las EPS deban, en los casos mencionados en los anteriores fundamentos de esta sentencia, responder subsidiariamente.

32- Como vemos, las anteriores precisiones no favorecen el incumplimiento del empleador ya que éste no se exonera de la obligación de transferir la cotización, puesto que la entidad promotora de salud está en todo su derecho de repetir el pago contra el empleador y así hacer efectiva la correspondiente obligación, pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social.

Además, la Corte precisa que en todo caso subsisten las sanciones administrativas, financieras y, si es el caso, penales que la ley prevé para el incumplimiento del patrono.

32- Finalmente, y contrariamente a lo sostenido por uno de los intervinientes, tampoco encuentra esta Corporación que impliquen una violación a la igualdad las anteriores consideraciones, que están destinadas exclusivamente a asegurar las prestaciones de salud, ya sea primariamente por el patrono o subsidiariamente por la EPS, al trabajador que efectivamente cotizó, pero el empleador no transfirió esa cotización y no cumplió con su parte. En efecto, en este caso el punto de comparación para realizar el juicio de igualdad no es, como equivocadamente lo señalan los intervinientes, entre los empleadores que acatan sus obligaciones o quienes las incumplen, sino entre los trabajadores que realizan los aportes cuyo empleador realiza la transferencia y a quienes no, como quiera que las consecuencias jurídicas que se imponen en la norma acusada no son para los empleadores sino para los trabajadores. Por ende, no viola la igualdad sino

que por el contrario la realiza que el juez constitucional asegure las mismas prestaciones sanitarias a trabajadores que han cumplido en la misma forma con su deber de contribuir a la financiación del sistema pagando su respectiva cotización.

Decisión a tomar 33- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que el primer segmento del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, según el cual “el no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del plan de salud obligatorio” es claramente constitucional cuando se trata de la suspensión de servicios en caso de personas no vinculadas a través de relación laboral, esto es de pensionados, jubilados y trabajadores independientes, pues ellos directamente deben realizar los pagos de las correspondientes cotizaciones. Por el contrario, y como se ha visto en los anteriores fundamentos de esta sentencia, es necesario condicionar el alcance de esta norma a fin de adecuarla a la Carta, cuando se trata de trabajadores dependientes y a servidores del Estado, pues una aplicación literal puede transgredir los artículos 13, 49 y 83 de la Constitución. Es por ello que se declarará la exequibilidad condicionada de ese aparte.

Así, y como se precisó en el fundamento 25, la suspensión de la afiliación resulta desproporcionada en estos casos. Por el contrario, la interrupción de los servicios de salud por la EPS es conforme con la Carta, pero con las precisiones efectuadas en los fundamentos 29 a 31 de esta sentencia, esto es, que el patrono asume la obligación primaria de prestar tales servicios al trabajador y a su grupo familiar y que subsiste una responsabilidad subsidiaria de la EPS en determinados eventos.

34- En relación con la parte final del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, que dispone expresamente que "por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase", la Corte considera que es necesario también condicionar su constitucionalidad por las siguientes razones:

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución sólo la atención básica de salud debe ser gratuita para todas las personas, por ende es razonable que el incumplimiento de una obligación pecuniaria en este campo origine las consecuencias económicas que le garanticen, a la entidad que debe responder por el servicio, la estabilidad y el equilibrio del sistema. Además, el artículo 365 de la Constitución dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, el cual debe leerse en concordancia con el artículo 2º de la Carta que dispone como fin de nuestro Estado la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución. Por tal razón, si no existen serias consecuencias contra el empleador o el individuo que incumple, no se garantiza "a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" (CP art. 49). Finalmente, no debe olvidarse que el actual sistema de seguridad social en salud se diseñó para también favorecer a las personas sin capacidad de pago, pues a través del fondo de solidaridad se busca hacer efectivo el derecho a la salud de quienes objetivamente no pueden cotizar en el sistema. Por ende, si no existen mecanismos jurídicos que garanticen el pago efectivo de la cotización de quienes pueden hacerlo, se desconoce el deber ciudadano de solidaridad social que contempla el numeral 2º del artículo 95 constitucional. Por todo lo anterior, la Corte considera que en aquellos casos en que el incumplimiento es imputable al patrono, entonces no existe ninguna razón para que se lo excluya del pago de intereses, pues ello constituye una invitación a eludir el pago de esas contribuciones parafiscales.

Por el contrario, en el caso de los trabajadores independientes y pensionados, la Corte considera que es razonable el mandato según el cual durante el periodo de la suspensión, no se podrá causar deuda ni interés de ninguna clase. En efecto, en tales eventos, la suspensión de la afiliación constituye una consecuencia drástica para la persona afectada, por lo cual se justifica que se lo exima del pago de intereses, a fin de no hacer excesivamente gravosa su posterior vinculación al sistema de salud. Por ende, también se condicionará la exequibilidad de esta frase.

VII. DECISIÓN En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- Declarar EXEQUIBLE el segundo inciso del parágrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor dispone "en los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente al trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora", en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, es deber de las autoridades de control, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los periodos laborados ante distintos patronos; y que el trabajador puede exigir al empleador o a la caja, según el caso, el traslado, con base en el cálculo actuarial, de la sumas anteriormente cotizadas, las cuales deberán ser recibidas, salvo justa causa, por la entidad administradora a la cual se afilie, siendo procedente la tutela si se puede ver afectado el mínimo vital, la igualdad o el debido proceso.

Segundo. - Declarar EXEQUIBLE el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, en los casos que se aplique a los afiliados al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo. En relación con los asalariados y servidores públicos, la norma ese EXEQUIBLE pero en los términos señalados en los fundamentos 25, 29, 30, 31, 33 y 34 de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. VLADIMIRO NARANJO MESA Presidente CARMENZA ISAZA DE GÓMEZ ANTONIO BARRERA CARBONELL Magistrada Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ CARLOS GAVIRIA DÍAZ Magistrado Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO HERNANDO HERRERA VERGARA Magistrado Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO FABIO MORÓN DÍAZ Magistrado Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General Aclaración de voto a la Sentencia C-177/98 SUSPENSION DE AFILIACION -No pago de cotizaciones imputable al afiliado /DERECHO A LA SALUD -Protección (Aclaración de voto) En mi criterio, la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio sólo pueden tener lugar si se demuestra que el no pago de la cotización es imputable al afiliado. Como la norma no hizo esa distinción, por válidas que sean las consideraciones de carácter económico desde el punto de vista de la entidad prestadora de tales servicios, no se ajusta a la Carta Política dejar desprotegido al afiliado y a sus beneficiarios en materia tan delicada como la salud, cuya desatención pone en peligro la vida. Otra cosa es que pueda la entidad cobrar las cotizaciones dejadas de percibir a quien las debe, obligándolo a reconocer los intereses respectivos.

Referencia: Expediente D-1825 Aclaro mi voto en el sentido de que, según pienso, los condicionamientos introducidos y su magnitud, en el caso del artículo 209 acusado, hacen en realidad inexequible tal disposición, que es precisamente lo que ha debido declararse de manera mucho más simple y efectiva.

En mi criterio, la suspensión de la afiliación y el derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio sólo pueden tener lugar si se demuestra que el no pago de la cotización es imputable al afiliado. Como la norma no hizo esa distinción, por válidas que sean las consideraciones de carácter económico desde el punto de vista de la entidad prestadora de tales servicios, no se ajusta a la Carta Política dejar desprotegido al afiliado y a sus beneficiarios en materia tan delicada como la salud, cuya desatención pone en peligro la vida. Otra cosa es que pueda la entidad cobrar las cotizaciones dejadas de percibir a quien las debe, obligándolo a reconocer los intereses respectivos.

De allí que me inclinara por la inexequibilidad, que finalmente no se declaró. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Magistrado Fecha, ut supra. Aclaración de voto a la Sentencia C-177/98 OBLIGACION A CARGO DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DE PENSIONES -Carga financiera excesiva /LEGISLADOR -Aplicación de fórmulas para evitar perjuicios al trabajador por omisiones del patrono (Aclaración de voto) No comparto la obligación que se genera a cargo de las entidades administradoras de pensiones carece de sustento legal y, además, representa una

carga financiera excesiva e injusta que puede fácilmente desequilibrar el sistema y, a la postre, repercutir en mayores costos a cargo de todos los trabajadores. Compete, en realidad, al legislador crear y aplicar fórmulas adecuadas para evitar que el trabajador resulte perjudicado a raíz de las omisiones del patrono. Por vía judicial no pueden ensayarse mecanismos generales que, además, tienen un impacto económico enorme sobre personas y entidades que son igualmente ajenas a la conducta culposa o criminal de los patronos.

Referencia: Expediente D-1825 Normas acusadas: Artículos 33 (parcial) y 209 de la Ley 100 de 1993 Actores: Olga Lucía Abril Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Con todo respeto procedo a dejar la siguiente aclaración de voto, dado que discrepo parcialmente de la motivación y de las condiciones a las que se sujetó el fallo de exequibilidad.

1. En mi concepto la Corte ha debido limitarse a examinar en punto a las “posibilidades de reconocimiento de semanas trabajadas por falta de traslado”, la segunda hipótesis desarrollada con acierto en el fundamento número 10. Las reflexiones que anteceden al indicado fundamento a mi juicio no integran la cosa juzgada, puesto que no se relacionan de manera directa con la disposición acusada. Aunque esta parte de la sentencia tiene el carácter de obiter dictum , no la comparto pues la obligación que se genera a cargo de las entidades administradoras de pensiones carece de sustento legal y, además, representa una carga financiera excesiva e injusta que puede fácilmente desequilibrar el sistema y, a la postre, repercutir en mayores costos a cargo de todos los trabajadores. Compete, en realidad, al legislador crear y aplicar fórmulas adecuadas para evitar que el trabajador resulte perjudicado a raíz de las omisiones del patrono. Por vía judicial no pueden ensayarse mecanismos generales que, además, tienen un impacto económico enorme sobre personas y entidades que son igualmente ajenas a la conducta culposa o criminal de los patronos. De otra parte, el derecho a la seguridad social lo desarrolla la ley, claro está, dentro del marco de la Constitución.

Equivocadamente se aplica la técnica de la proporcionalidad en el campo de los derechos prestacionales - cuando su empleo en principio se contrae al caso de los derechos-libertad -, sin reparar que lo que se toma por núcleo esencial es el que determina la ley, la cual a su turno es examinada desde esta perspectiva como intangible para el mismo legislador, vale decir, parte de la obra del legislador se constitucionaliza.

2. La sentencia, en la segunda parte, al referirse al sistema de salud, incurre en una contradicción con lo sostenido en el obiter dictum , puesto que no aplica la misma solución, pese a que la situación es semejante. En este caso, la Corte encuentra que no corresponde a las EPS asumir los costos de la mora patronal, pudiendo en consecuencia interrumpir los servicios de salud, tal y como nítidamente lo establece la ley.

Empero, a continuación se abre la posibilidad de que a través de la acción de tutela las EPS sean condenadas a cumplir las prestaciones de salud a las cuales no están obligadas, justamente en razón de la mora patronal.

Fecha ut supra, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Magistrado [1] Ver sentencia C-012 de 1994. MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte No. 4.1.

[2] Sentencia C-546 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero. [3] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 28 de 1958.

[4] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de abril 20 de 1968. [5] Sentencia C-126 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara.

[6] Sentencia C-168 de 1995. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte e) [7] Sentencia C-179 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte Cuarta.

[8] Ibidem [9] Sentencia C-386 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [10] Ver sentencia C-017 de 1998. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte B.1.

[11] Gaceta del Congreso No. 130 de 1993, página 3 [12] Sentencia C-448 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 13. [13] Ver el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales de las Naciones Unidas y el artículo 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" [14] Sentencia C-251 de 1997. MP. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 8.

[15] T-002 de 1992, [16] Puede consultarse, entre otras, las sentencias T-181 de 1993, T-426 de 1992, [17] Sentencias T-005 de 1995, T-063 de 1995, T-323 de 1996, T-606 de 1995, T-051 de 1996, T-202 de 1996, T-081 de 1997, T-299 de 1997, entre muchas otras.

[18] Sentencias T-135 de 1993, T-181 de 1993, T-156 de 1995, T-437 de 1995 [19] Sentencia T-453 de 1992, T-181 de 1993. [20] Ver las sentencias T-229 de 1997, T-339 de 1997 y T-458 de 1997.

[21] Sentencia T-458 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 25. [22] Sentencia T-005 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [23] Sentencia C-575 de 1992. Magistrado Sustanciador Dr. Alejandro Martínez Caballero.

[24] En relación con el tema pueden verse las sentencias T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz, T-409 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[25] Al respecto pueden consultarse las sentencias T-130 de 1993, T-116 de 1993, T-366 de 1993, T-13 de 1995, T-005 de 1995, T-271 de 1995, T-312 de 1996, T-314 de 1996, entre otras.

[26] Sentencia C-179 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz [27] Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [28] Sentencia T-606 de 1996, T-072 de 1997.

T-171 de 1997, T-299 de 1997, T-202 de 1997, T-398 de 1997. [29] Sentencia T-323 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se reiteró en la sentencia T-299 de 1997.

[30] Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 2 de noviembre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.