

Sentencia T-099/11

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA A NOMBRE DE UNA PERSONA DECLARADA INVALIDA

En el presente caso se observa que el agenciado sufre de cáncer de laringe en estado terminal, su diagnóstico específico fue “carcinomaescamocelular laríngeo metastático y laringectomía total con prótesis vocal”. Ha de contemplarse además, que del dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral obrante en el expediente, se extrae que las condiciones del señor Bayona Sánchez para “promover su propia defensa” se encuentran disminuidas, pues tiene limitaciones en sus habilidades de comunicación, locomoción, destreza, orientación, entre otras. Por esas razones, es evidente que no resultaba viable al agenciado asumir directamente su defensa y reclamar la protección de sus derechos fundamentales, y por lo mismo, deviene entendible que esta acción de tutela fuera promovida por su esposa, pues su situación se ajusta a los lineamientos normativos al inicio señalados

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento en caso de mora en el pago de aportes por parte del empleador

La ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora e imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución. También la Corte indicó que estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes adeude el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización. Además, tampoco es dable a tales entidades hacer recaer sobre el empleado las consecuencias negativas que puedan derivarse de la mora del empleador en el pago de los

aportes, de ninguna manera transferible al trabajador, a quien aquel debe hacer las deducciones mensuales a que haya lugar. Es relevante decretar, (i) el periodo cotizado y pagado morosamente (enero a diciembre de 2004), no es posterior a la fecha de estructuración como se indicó en la Resolución N°5649 de 2009; (ii) independientemente de la mora, ese lapso se cotizó y debe ser contado con el fin de determinar el derecho; y (iii) si bien el periodo en cuestión se pagó en agosto de 2006, fecha posterior a la de estructuración de la invalidez, no puede admitirse que existe mala fe o intención de defraudar al Sistema, pues la fecha de notificación del dictamen de la invalidez, es decir, el momento en que se supo con claridad desde cuándo se estructuró es fatídico estado, fue en noviembre 11 de 2008, momento posterior al pago moroso de los aportes no contabilizados. Esta Sala descubrió, que el ISS negó arbitrariamente la pensión de invalidez al agenciado, pretermitiendo los lineamientos de la Corte Constitucional en la materia y alegando su propia negligencia, situaciones que legitiman aún más a esta corporación para corregir el error de la entidad administradora y proteger los derechos fundamentales vulnerados. En conclusión, los derechos al mínimo vital, a la vida digna, a la salud, a la tercera edad y a la seguridad social, sí fueron vulnerados por el ISS, seccional Santander, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez al agenciado.

Referencia: expediente T-2797519.

Acción de tutela instaurada por Nelli Orestegui de Bayona como agente oficiosa del señor Rodrigo Bayona Sánchez, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Santander.

Magistrado Ponente:

Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de

Santander, dentro de la acción de tutela incoada por Nelli Orestegui de Bayona agenciando oficiosamente a Rodrigo Bayona Sánchez, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Santander.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala de Selección N° 9 de la Corte, el 22 de septiembre de 2010, lo eligió para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

Nelli Orestegui de Bayona, agenciando oficiosamente a su esposo Rodrigo Bayona Sánchez, incoó acción de tutela en mayo 4 de 2010, contra el Instituto de Seguros Sociales, en adelante ISS, seccional Santander, que le correspondió al Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Bucaramanga por la presunta vulneración de sus derechos “a la seguridad social, conexo con el mínimo vital, vida digna y adulto mayor” por los hechos que a continuación son resumidos (f. 4 cd. inicial).

A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. En el escrito de tutela aseveró la agente oficiosa, que el señor Rodrigo Bayona Sánchez “sufre de cáncer de laringe en estado terminal”, debido a ello, fue calificado por el médico laboral del ISS, seccional Santander, mediante dictamen de noviembre 11 de 2008, el cual determinó una pérdida de la capacidad laboral de 68.3%, estructurada en enero 12 de 2006, cuya denominación de origen fue enfermedad común (f. 2 cd. inicial).

2. Igualmente, se expresó en la demanda que el señor Bayona Sánchez cotizó al ISS “840 semanas, de las cuales 50 o más fueron cotizadas entre febrero de 2003 a febrero de 2006”; por lo cual, en diciembre 9 de 2008, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la entidad, ya que a su entender cumplió los requisitos para acceder a tal prestación (f. 1 ib.).

Relata la agente oficiosa que para negar la pensión, la entidad demandada “no contabiliza cotizaciones a pensiones, pagadas extemporáneamente con la debida autorización del ISS por el empleador JURADO PARRA CRISTIAN el 18 y 19 de Septiembre de 2006, y que presentaba deuda morosa por este concepto con el ISS” (f. 2 ib.).

4. Considera además que, el accionante no puede ser castigado por la negligencia del patrono al no hacer efectivo el pago de la seguridad social oportunamente, ni tampoco por el desinterés de la entidad demandada que no cobró al patrono moroso en su oportunidad, teniendo las herramientas legales para hacerlo.

5. Aunado a lo anterior, se sustentó en la tutela que el accionante es una persona de 66 años de edad, inhabilitado para trabajar y que la prestación solicitada “constituye el único ingreso posible de supervivencia, es su mínimo vital para el sustento de él y la persona que lo cuida” (f. 2 ib.).

Por ende, se pide conceder la acción, ordenando el reconocimiento de la pensión de invalidez al estimarse cumplidos los requisitos exigidos, pues la desidia del patrono y del ISS, viola sus derechos fundamentales “al mínimo vital, a la vida digna, a la salud, a la tercera edad y a la seguridad social”.

B. Documentos relevantes cuya copia obra como prueba en el expediente.

1. Certificado de registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía de Rodrigo Bayona Sánchez (fs. 7 y 8 cd. inicial).

2. Formato de “Información General del Dictamen sobre la Pérdida de la Capacidad Laboral”, expedido por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, que informó al actor un porcentaje de 68.3% de pérdida, estructurada en enero 12 de 2006, cuya denominación de origen fue enfermedad común (f. 9 ib.).

3. Historia clínica de Rodrigo Bayona Sánchez (fs. 10 a 25 ib.).

4. Certificación emitida por el ISS, asegurando que el accionante está afiliado a dicha administradora de pensiones, desde agosto 31 de 1974 (f. 26 ib.).

5. Reporte de semanas cotizadas en pensiones por el peticionario, desde enero de 1967 hasta febrero de 2010, emitido por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros

Sociales (fs. 27 a 31 ib.).

6. Recibos de pagos a pensiones del afiliado Rodrigo Bayona Sánchez, realizados extemporáneamente, por el empleador “Jurado Parra Cristian” de los períodos de septiembre a diciembre de 1995, y de los años 1996, 1997, 1998, 1999 y 2004 (fs. 32 a 95 ib.).

7. Resolución N° 5649 de junio 25 de 2009, emitida por el ISS, seccional Santander, que negó la pensión solicitada estimando que “revisado el reporte de semanas, expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el (la) asegurado (a) cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 724 semanas, de las cuales 30 semanas se cotizaron en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, aclarando que las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha no pueden ser tenidas en cuenta para los efectos de la prestación solicitada...” (f. 96 ib.).

8. Resolución N° 029 de enero 15 de 2010, en donde el ISS, seccional Santander, resolvió recurso de apelación previamente interpuesto, confirmando la anterior decisión (f. 97 ib.).

9. Comunicación suscrita por el accionante y dirigida al Juez de Circuito de Bucaramanga (Reparto), en donde ratifica a la señora Nelli Orestegui de Bayona como agente oficiosa (f. 98 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de mayo 7 de 2010, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Bucaramanga, encontró reunidos los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991, por ende, admitió esta acción y concedió al ISS, seccional Santander, el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, para que ejerza su derecho de defensa presentando informe acerca de los hechos de la demanda.

A. Respuesta del Instituto de Seguros Sociales, seccional Santander.

La Jefe del Departamento de Pensiones del ISS, seccional Santander, en oficio de mayo 12 de 2010, manifestó que “procedió a dar respuesta a la solicitud de prestación económica, a

través de la Resolución N° 05649 de 2009, negándole la pensión de invalidez al señor RODRIGO BAYONA SÁNCHEZ... toda vez que no cumple los requisitos exigidos por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 para tener derecho a la prestación” (f. 103 ib.).

Argumenta la accionada que tratándose de pensión de invalidez la normatividad aplicable al caso concreto es aquella vigente al momento de la fecha de estructuración, de esta forma, al entender de la jefe del departamento, el actor no solventó los requisitos exigidos por ley, pues no tiene las semanas exigidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Por último, se resalta que el ISS dio respuesta de fondo y a tiempo a la petición presentada por el actor, así no trasgredió ningún derecho fundamental, exigiendo entonces la desestimación de las pretensiones y adjuntó copias de las Resoluciones¹ y sus respectivas actas de notificación.

B. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Bucaramanga, mediante fallo de mayo 20 de 2010, concedió la protección a los derechos fundamentales del actor, ordenando al ISS, seccional Santander, inaplicar las Resoluciones del caso, y verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 original, “advirtiendo que deberá tener en cuenta las semanas de cotización pagadas en forma extemporánea correspondientes a los períodos anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez” (f. 126 ib.) para que, si a ello da lugar, reconociere y pague la prestación en cuestión.

Agrego que de conformidad con “las pruebas que reposan en el expediente, el demandante se encuentran (sic) en una situación de debilidad manifiesta, que afecta su mínimo vital, puesto que la invalidez le impide trabajar para proveer los medios económicos adecuados para su subsistencia, y no tiene los recursos necesarios para ello. De esta forma, resulta clara la relación entre la afectación del mínimo vital del demandante y la pensión de invalidez, lo cual autoriza inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para que el demandante pueda acceder a la prestación social que requiere para su subsistencia” (f. 125 ib.).

C. Impugnación.

El ISS discrepó del fallo reseñado, al valorar que no es aplicable al caso concreto legislación diferente a aquella que se encontraba vigente al momento de la fecha de estructuración de la invalidez del accionante. Igualmente, argumenta que en materia de reconocimiento de derechos prestacionales derivados de la seguridad social, la Corte Constitucional sólo ha permitido el amparo al derecho de petición, que en modo alguno se vio conculcado. Por ello, pretende se modifique la providencia precedente, para aplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, dado que es éste el régimen regulador del caso.

D. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante fallo de agosto 5 de 2010, revocó la sentencia impugnada, anotando (f. 145 ib.): “se observa que el actor cuenta con otra vía judicial para reclamar (sic) su pretensiones ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mediante la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho”. Por tanto, se indicó que la existencia de otro medio judicial para demandar tornó improcedente la acción y se revocó la sentencia de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Debe esta Sala de Revisión determinar si los derechos “a la seguridad social, conexo con el mínimo vital, vida digna y adulto mayor” están siendo vulnerados por el ISS, seccional Santander, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Rodrigo Bayona Sánchez, argumentando que el peticionario no cumple los requisitos legales exigidos.

Para ello, se abordará previamente el tema relativo a la actuación por otro en materia de tutela. Una vez superado este aspecto, se observará (i) el derecho fundamental de la

seguridad social y su protección por medio de la acción de tutela; (ii) la procedencia de esta acción para reclamar una pensión de invalidez; (iii) el reconocimiento de la pensión indicada en caso de mora en el pago de los aportes por parte del empleador y, posteriormente se resolverá el caso concreto.

Tercera. Legitimación para incoar la acción de tutela a nombre de una persona declarada inválida.

La actuación por otro en materia de tutela, contemplada en el artículo 86 superior y desarrollada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, presenta una manifestación a partir de la cual una persona tiene la posibilidad de agenciar derechos ajenos, cuando su titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá advertirse de manera explícita en la demanda², con términos que indiquen esa condición así no sean expresamente los mismos utilizados en la permisión legal, pero sin dejar lugar a duda de que se actúa legítimamente por otro.

Corresponde al juez de tutela verificar en cada caso si, en efecto, el titular de los derechos cuya protección se busca por esta vía judicial no puede ejercer por sí mismo la defensa de estos.

En el presente caso se observa que el agenciado sufre de cáncer de laringe en estado terminal³, su diagnóstico específico fue “carcinomaescamocelular laríngeo metastásico y laringectomía total con prótesis vocal”. Ha de contemplarse además, que del dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral obrante en el expediente, se extrae que las condiciones del señor Bayona Sánchez para “promover su propia defensa” se encuentran disminuidas, pues tiene limitaciones en sus habilidades de comunicación, locomoción, destreza, orientación, entre otras.

Por esas razones, es evidente que no resultaba viable al señor Bayona Sánchez asumir directamente su defensa y reclamar la protección de sus derechos fundamentales, y por lo mismo, deviene entendible que esta acción de tutela fuera promovida por su esposa, pues su situación se ajusta a los lineamientos normativos al inicio señalados.

Cuarta. El derecho fundamental a la seguridad social y su protección por medio de la acción de tutela. Fundamentos. Reiteración de Jurisprudencia.

Basado en principios de solidaridad, igualdad y universalidad, el derecho a la seguridad social adquirió mayor desarrollo hacia la segunda mitad del Siglo XX⁴. A partir de ese momento, y de la positiva evolución que ha tenido el concepto, emergió su reconocimiento a nivel internacional como uno de los Derechos Humanos, de manera tal que la seguridad social tiene cabida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableciendo este último (art. 9°): “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

De igual forma, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estatuye: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), es del siguiente tenor: “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

Reafirmando lo antedicho, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Conferencia N° 89 de 2001, llegó a siguiente la conclusión (no se encuentra en negrilla en el texto original): “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social.”⁶

Se colige de lo anteriormente expuesto que internacionalmente existe un reconocimiento

actual de la seguridad social como un derecho fundamental, sin embargo no siempre fue así.

Inicialmente, los derechos se clasificaron en razón a los procesos históricos que les dieron origen en: (i) los llamados Derechos Civiles y Políticos, que buscaban principalmente proteger al individuo en su autonomía, estableciendo obligaciones negativas o de no hacer a los Estados (no detener a una persona arbitrariamente), por dicho carácter negativo se entendió que estos derechos eran totalmente justiciables y exigibles, por ende fundamentales. De otro lado, (ii) los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se enmarca la seguridad social, apuntaban a la protección de la sociedad frente a ciertas necesidades y contingencias de la vida humana e imponían a los Estados obligaciones positivas o de hacer (establecer la prestación del servicio de salud para todos los habitantes), implicando estos, entre muchas otras acciones, la asignación de partidas presupuestales para su realización, condición que les situó como derechos prestacionales, programáticos, no justiciables ni exigibles, en consecuencia no fundamentales.

Así, en principio se sostuvo tesis de la improcedencia general de la acción de tutela para la protección de los derechos sociales por no ser ellos fundamentales; sin embargo, la Corte Constitucional reconoció que la rigidez de la clasificación presentaba dificultades, estableciendo excepciones a la procedencia de dicha acción cuando se trataba de proteger derechos económicos, sociales y culturales, “desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó ‘tesis de la conexidad’⁷”⁸. Con todo, el patrón que definía el carácter fundamental de un derecho era el tipo de obligación que imponía al Estado y su clasificación como de primera o segunda generación.

No obstante, y como se viene repitiendo en la doctrina y la jurisprudencia constitucional nacional⁹ e internacional, a través de un estudio más profundo sobre la diferencia entre los Derechos Civiles y Políticos, y los Económicos, Sociales y Culturales, se ha establecido que las obligaciones positivas y negativas se pueden encontrar en cualquier tipo de derecho sin importar en cual categoría se sitúe¹⁰; “podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales

y culturales tienen un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones de cada derecho llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen.” 11

Bajo esa línea argumentativa, la Corte Constitucional ha venido aceptando que el carácter fundamental de un derecho, lo otorga su consagración en la Constitución Política Colombiana, debido a que todos los allí consignados son fruto del desarrollo de los principios y valores en que se funda este Estado Social¹² de Derecho, razón por la cual la distinción que otrora se realizó hoy resulta inocua.

Al ser los derechos constitucionales, fundamentales, ellos se hacen exigibles en diferente grado y manera, a través de diferentes acciones¹³, debido a que su estatus superior los hacen blanco ineludible para la formulación de las políticas públicas de cada Estado. Empero, una cosa es el carácter fundamental de los derechos, y otra que todos ellos hagan proceder la acción de tutela directamente, pues como refiere la cita precedente, cada derecho tomará su lugar, en este caso su exigibilidad por vía de tutela, según el peso en mayor o menor grado de obligaciones positivas y negativas que imponga al Estado.

El derecho a la seguridad social tiene un fuerte contenido de obligaciones positivas que implantan la responsabilidad a cada Estado de realizar importantes erogaciones presupuestales con el fin de ponerlo en marcha y promover, facilitar y extender su cobertura, “esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan”¹⁴.

Entonces, creada como está esa estructura básica, y determinadas las diferentes facetas que desarrollan el derecho a la seguridad social, se entiende que su protección por vía de tutela, solo se limita a la revisión de los requisitos generales de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

Finalmente, reafírmese que la seguridad social no es un simple derecho prestacional o

programático, sino que es además el resultado de la idea de progreso universal de las sociedades y del desarrollo internacional de valores jurídicos de gran trascendencia como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad, todos ellos presentes en nuestra Carta Política.

Quinta. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

En concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es una vía judicial que tiene toda persona para procurar la protección de sus derechos fundamentales, la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio idóneo de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiendo así que la tutela es un medio subsidiario.

Debido a ello, en principio, resultaría improcedente el reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela, ya que el ordenamiento jurídico nacional ha dispuesto medios judiciales específicos para la solución de conflictos de ese origen, ya sea, en la jurisdicción laboral ordinaria o en la contenciosa administrativa, según el caso.

No obstante, la regla general de improcedencia tutelar para el pago de prestaciones económicas, en razón de la existencia de otros medios de defensa, tiene excepciones que han sido desarrolladas por esta Corte. De este modo, la sentencia T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería, señaló:

“En síntesis, se puede indicar que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión. Sin embargo,... el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.”

En desarrollo de dichas excepciones, frente al perjuicio irremediable y la afectación al mínimo vital, cabe anotar que cuando una persona se encontraba trabajando y sufre una pérdida de su capacidad laboral, por enfermedad o accidente, sus ingresos se reducen consecuentemente, en la medida en que se presume que la actividad laboral dejada de realizar era su medio de subsistencia. De esta forma, se colige la afectación al mínimo vital, infiriéndose el perjuicio irreparable y la materialización de los criterios (i) y (ii) recién citados¹⁶.

Así mismo, es pertinente recordar que la Corte ha catalogado como sujetos de especial protección a las personas discapacitadas y los adultos mayores que solicitan una pensión de invalidez. Así, en la sentencia T-144 de marzo 30 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell, se lee:

“La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico – que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta.”

También ha resaltado esta corporación la existencia de circunstancias que hacen del pago de la pensión de invalidez una necesidad vital¹⁷, esto por la ostensible relación que tiene con derechos fundamentales como la seguridad social y la vida digna; de esta manera, se permite al afectado solicitar su protección por vía de tutela.

A la par de lo anterior, cuando una entidad se rehúsa a conceder el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de la persona haber acreditado los requisitos exigidos, dicho ente vulnera el derecho a la igualdad. Para evitar el menoscabo de las garantías constitucionales de los ciudadanos, las entidades deben siempre optar por una revisión consiente y estricta de los procedimientos y requisitos en cada caso revisando los señalamientos establecidos por la jurisprudencia concordante y no negar arbitrariamente los derechos obtenidos, pues de lo contrario, la tutela es correctamente invocada.

En conclusión, tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el juez constitucional debe efectuar un estudio de procedencia de la acción de tutela, que si bien ha de ser estricto, mantendrá racionalidad con la concepción fundamental que tiene la

seguridad social. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, no puede ser absoluta.

Sexta. Mora en el pago de aportes y cotizaciones a pensión. Reiteración de jurisprudencia.

Así, esta corporación ha señalado¹⁸ que una entidad administradora de pensiones no puede negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho, argumentando el incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al empleado se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que soporte tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad, imputable directamente a su empleador y por la cual éste debe responder. Recuérdese que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, justo con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

En armonía con lo anterior, en la sentencia C-177 de mayo 4 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se indicó, sobre el incumplimiento patronal:

“En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte de manera reiterada, ha sostenido que no le es endilgable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado.

Dicho de otra forma, retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo

tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez.¹⁹”

Ahora bien, con el fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes pueda afectar los derechos fundamentales de quien ha completado los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, el legislador ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras cobren aquellos y sancionen su cancelación extemporánea, como medio para corregir el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social integral y no desproteger al afiliado²⁰. Así, los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993²¹ consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador. Por su parte, sobre dicha obligación, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999, establecen los plazos para presentar los aportes y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, establece acciones para el cobro²².

De lo expuesto deviene con claridad, entonces, que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la función de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales, para solventar las situaciones en mora e imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución.

También la Corte indicó²³ que estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes adeude el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización.

Además, tampoco es dable a tales entidades hacer recaer sobre el empleado las consecuencias negativas que puedan derivarse de la mora del empleador en el pago de los aportes, de ninguna manera transferible al trabajador, a quien aquel debe hacer las deducciones mensuales a que haya lugar.

Séptima. El caso concreto.

7.1. La señora Nelli Ostegui de Bayona, agenciando oficiosamente a su esposo Rodrigo Sánchez Bayona, solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aduciendo que el agenciado cumplió los requisitos exigidos por ley, cuales son en su caso, la pérdida de capacidad laboral superior al 50 % y 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. El ISS negó la solicitud al considerar que el actor no cumplió el requisito de las semanas cotizadas.

7.2. Según lo expuesto anteriormente y en primer lugar, se advierte que el examen de procedencia de la tutela para el reconocimiento de la pensión del actor resulta favorable, en cuanto, vulneró el derecho fundamental a la seguridad social, negándose la pensión de invalidez. Como segundo punto, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, al verse afectado el mínimo vital en razón de la pérdida de capacidad para trabajar del demandante, impidiéndole percibir su retribución acostumbrada, y permitiendo inferir la precariedad de sus medios de subsistencia.

7.3. Además de ello, el actor es considerado por la jurisprudencia constitucional como sujeto de especial protección, ya que tiene 65 años de edad, un porcentaje de 68.3% de pérdida de capacidad laboral y es una persona discapacitada que padece de una enfermedad terminal, por ello, ante la ausencia de su mesada pensional se encuentra en debilidad manifiesta. De lo anterior, se determina en este caso, que la pensión de invalidez como componente esencial de la seguridad social, adquiere rango de fundamental por las dolorosas y frustrantes circunstancias que rodean dicha contingencia; así, es procedente la acción y de haber protección al derecho del actor, ésta se hará en forma definitiva.

7.4. Ahora bien, la negativa del ISS a reconocer la pensión de invalidez, se justifica en el hecho de que el actor no cumple con las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, ello es antes de enero 12 de 2006, “aclarando que las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha no pueden ser tenidas en cuenta para los efectos de la prestación...” (f. 96 ib.).

Con el fin de aclarar los puntos divergentes entre las afirmaciones del ISS y las del peticionario, se analizaron las pruebas obrantes en el expediente, de manera tal que en los folios 28 a 30 del cuaderno inicial, se encuentra el historial del reporte de semanas cotizadas por el señor Rodrigo Bayona Sánchez expedido por el ISS, del cual se extrae que en el

período comprendido entre enero 12 de 2006 y enero 12 de 2003, se cotizaron 810 días que divididos en 7, dan un total de 115,71 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez del suplicante.

7.5. Se entiende que el ISS, a través de los actos administrativos que negaron la pensión, no contabilizó aquellos períodos de cotización pagados por el empleador “Jurado Parra Cristian”, pues consideró que quien debió asumir la mora en el pago de los aportes a pensiones era el empleado y no el empleador. No obstante, como se explicó en las consideraciones, esta Sala recuerda al ISS, por un lado, que dicha entidad tiene acciones legales de cobro de aportes en contra de los empleadores constituidos en mora; y por otro, el trabajador no debe soportar la negligencia de dicha entidad para el cobro, ni la desidia del patrono para el pago, pues a él directamente se le hicieron los descuentos pertinentes.

7.6. Continuando con el análisis probatorio, se encuentran en los folios 36 a 47 ibídem, los recibos de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del periodo comprendido entre enero a diciembre de 2004, realizados en agosto 23 de 2006, por el empleador “Jurado Parra Cristian” a nombre del trabajador Rodrigo Bayona Sánchez y a favor del ISS. Este hecho permite inferir a la Sala que la entidad accionada se allanó al pago de los aportes extemporáneos sin objeción alguna; aunque, es manifiesto que dicha administradora no tuvo en cuenta ese periodo de cotización para conceder la pensión pedida.

Respecto de ello es relevante decretar, (i) el periodo cotizado y pagado morosamente (enero a diciembre de 2004), no es posterior a la fecha de estructuración como se indicó en la Resolución N°5649 de 2009; (ii) independientemente de la mora, ese lapso se cotizó y debe ser contado con el fin de determinar el derecho; y (iii) si bien el periodo en cuestión se pagó en agosto de 2006, fecha posterior a la de estructuración de la invalidez, no puede admitirse que existe mala fe o intención de defraudar al Sistema, pues la fecha de notificación del dictamen de la invalidez, es decir, el momento en que se supo con claridad desde cuándo se estructuró es fatídico estado, fue en noviembre 11 de 2008, momento posterior al pago moroso de los aportes no contabilizados.

7.7. Finalmente, esta Sala descubrió, que el ISS negó arbitrariamente la pensión de invalidez al señor Rodrigo Bayona Sánchez, pretermitiendo los lineamientos de la Corte Constitucional en la materia y alegando su propia negligencia, situaciones que legitiman aún más a esta

corporación para corregir el error de la entidad administradora y proteger los derechos fundamentales vulnerados.

En conclusión, los derechos al mínimo vital, a la vida digna, a la salud, a la tercera edad y a la seguridad social, sí fueron vulnerados por el ISS, seccional Santander, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Rodrigo Bayona Sánchez. Por ende, será revocada la sentencia proferida en agosto 5 de 2010, por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su momento revocó la proferida en mayo 20 del mismo año por el Juzgado Doce Administrativo de Bucaramanga, la cual había amparado los derechos fundamentales del actor.

Por ende, será revocada la sentencia proferida en agosto 5 de 2010, por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su momento revocó la proferida en mayo 20 del mismo año por el Juzgado Doce Administrativo de Bucaramanga, la cual había amparado los derechos fundamentales del actor.

En tal virtud, se dispondrá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Santander, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, expida la resolución de reconocimiento y empiece a pagar la reclamada pensión de invalidez al señor Rodrigo Bayona Sánchez, cubriendo desde enero 12 de 2006, fecha de estructuración de la incapacidad.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido en agosto 5 de 2010, por el Tribunal Administrativo de Santander, que en su momento revocó el dictado en mayo 20 del mismo año, por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Bucaramanga, que concedió la tutela presentada por la señora Nelli Orestegui de Bayona como agente oficiosa del señor Rodrigo Bayona Sánchez, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Santander.

Segundo: En su lugar, se dispone DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones N° 5649 de junio 25 y N° 8578 de septiembre 21 de 2009, y N° 029 de enero 15 de 2010, proferidas por el Instituto de Seguros Sociales, seccional Santander, y TUTELAR los derechos al mínimo vital, a la vida digna, a la salud, a la tercera edad y a la seguridad social del demandante, ordenándole al referido Instituto que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, expida acto de reconocimiento y empiece a pagar la reclamada pensión de invalidez del señor Rodrigo Bayona Sánchez, cubriendo desde enero 12 de 2006, fecha de estructuración de la incapacidad.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Resoluciones N° 5649 y N° 8579 de 2009, y N° 029 de 2010 (Fs. 105 a 112 ib.).

2 Cfr. T-294 de marzo 25 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-750 de julio 14 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-279 de abril 20 de 2009, M. P. Nilson Pinilla

Pinilla, entre otras.

3 “Cáncer de laringe: Cáncer que se forma en los tejidos de la laringe (parte de la garganta que contiene las cuerdas vocales y que se usa para respirar, tragar y hablar). La mayoría de los cánceres de laringe son carcinomas de células escamosas (cáncer que comienza en las células planas que recubren la laringe).” “Enfermedad en estado terminal: Enfermedad que no se puede curar y que es mortal”. Las anteriores definiciones fueron extraídas del Diccionario de cáncer que se encuentra en la página web del Instituto Nacional del Cáncer de España. <http://www.cancer.gov/diccionario/> .

4“La seguridad social, para Jambu-Merlin, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, La Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento británico... es, en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” Carrillo Prieto, Ignacio. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Universidad Autónoma de México. México, 1981. Pág. 27.

5 Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

6 Seguridad Social. Un nuevo Consenso. Conferencia N° 89 de la OIT. 2002.

7 Posición planteada desde la sentencia T-406 de junio 5 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

8 Sentencia T-122 de febrero 18 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

9 Cfr. T-760 julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda; T-122 de febrero 18 de 2010, T-016 enero 22 de 2007 y T-585 de junio 12 de 2008, en las anteriores, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

10 Se evidencian obligaciones prestacionales de los Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, la protección del derecho a libertad de opinión, prensa e información (Art. 20 Superior) conlleva el establecimiento de diferentes organismos y sistemas para que funcione como son la Comisión Nacional de Televisión, entre otros, y por ende, la asignación de recursos para su creación y sostenimiento. Así mismo, existen facetas negativas desprendidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como la prohibición de realizar reformas regresivas a la seguridad social, impuesta a los Estados.

11 Abramovich, Víctor. Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Edit. Trotta S. A, Madrid, 2002. Pág. 37.

12“La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.” *Ibídem*.

13Este es un tema de gran amplitud que no se tratará en la presente sentencia, sin embargo, cuando se hace referencia a acciones, ha de aclararse que no sólo se trata de acciones ante la Rama Judicial, sino también, y principalmente, a aquellas adelantadas ante y por las restantes dos ramas del poder público, es decir, la Legislativa y la Ejecutiva.

14 T- 122 de 2010, ya citada.

15 Sentencia T-580 de julio 30 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

16 En la sentencia T-124 de marzo 29 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, se expresó: “ la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de

trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable”. Cfr. también T-1291 de diciembre 7 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-138 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

17 Cfr. T-1128 de noviembre 3 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1013 de octubre 16 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-442 de abril 30 de 2008, T-271 de abril 13 de 2009 y T-561 de julio 7 de 2010, en las tres últimas M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

18 Cfr. SU-430 de agosto 19 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

19 “En este sentido se puede consultar, entre otras, las sentencias T-334 de 1997 y T-553 de 1998.”

20 Ver también la sentencia T-205 de marzo 19 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

21 Artículo 23 L. 100 de 1993: “Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente”.

Art. 24 ib.: “Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

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

23 Cfr. T-664 de julio 9 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería y T-043 de enero 27 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.