

T-514-16

Sentencia T-514/16

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude como agente oficioso

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA FRENTE A PARTICULARES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ

La pensión de invalidez es un derecho vinculado a la protección de la seguridad social, cuyo objeto es amparar a las personas que por su condición física o mental ven restringidas sus posibilidades para la concreción de sus planes de vida, y, además, un medio para la realización de otros bienes ius fundamentales, como la vida en condiciones de dignidad, la autonomía, la salud, entre otros

PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN PROFESIONAL-Requisitos

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a ARL reconocer y pagar de forma provisional, pensión de invalidez

Referencia: Expediente T-5569046

Acción de tutela presentada Óscar Klinger Castillo en calidad de agente oficioso del señor José Baldomero Torres Jansasoy, contra Positiva Compañía de Seguros S.A.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo al cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad de Cali (Valle del Cauca) el dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015) y, en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali (Valle del Cauca) el veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), en el proceso de tutela que inició Oscar Klinger Castillo, en calidad de agente oficioso del señor José Baldomero Torres Jansasoy, contra Positiva Compañía de Seguros S.A. [1]

I. DEMANDA Y SOLICITUD

El señor Óscar Klinger Castillo interpone la acción de tutela como agente oficioso del señor José Baldomero Torres Jansasoy por la imposibilidad que tiene éste para presentarla a nombre propio debido a las dificultades que tiene para movilizarse.[2] La acción se interpone contra Positiva Compañía de Seguros S.A. por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la protección de personas discapacitadas, a la seguridad social integral y a la salud, por negarle el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a la cual considera tiene derecho por haber sufrido un accidente de trabajo en el cual perdió el 79.60% de la capacidad laboral, habiendo cotizado 305 semanas hasta el mes de octubre de 2014.

1. Hechos que dieron lugar a la tutela

1.1. El solicitante relata que el señor José Baldomero Torres Jansasoy tiene 48 años de edad[3], convive con la señora Luz Nancy Bonilla Lozada y que ella tiene a su cargo[4] un menor de edad de 16 años[5], quien sufre de autismo y convulsiones[6].

1.2. Narró que el señor Torres Jansasoy se desempeñaba como albañil instalando estructuras metálicas, vinculado por contrato individual de trabajo a término inferior a un año suscrito con la empresa Serviempresa Mayerjun Ltda[7]. Aseguró que el 13 de

diciembre de 2012 a las 9:00 a.m., cuando trabajaba en sus labores habituales, sufrió un accidente al caer de un tercer piso y recibir el impacto en sus piernas y cadera.

1.4. Señaló que el señor Torres es una persona de escasos recursos y que él, su esposa y un menor que convive con ellos, porque su madre lo abandonó, viven de la ayuda de su cuñado.

1.5. Por último, afirmó que está afiliado al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., a la E.P.S.Cafesalud y a la ARL Positiva Compañía de Seguros y que cotizó al sistema de seguridad social 305 semanas hasta el mes de octubre de 2014.

1.6. Explicó que Positiva Compañía de Seguros S.A. le vulneró al señor José Baldomero Torres Jansasoy su derecho al mínimo vital, seguridad social y a la protección de personas en condición de discapacidad al negarle el reconocimiento de una pensión de invalidez; afirmando, mediante un primer oficio, que no contaba con la información necesaria para determinar el origen del evento que le causó daño[10], y, posteriormente, que al momento del accidente el afectado se encontraba prestando sus servicios a una empresa diferente a Serviempresa Mayerjun Ltda, sociedad esta última que lo afilió a la ARL[11].

1.7. Por lo anterior, el 24 de noviembre de 2015 solicitó amparar sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, y que en consecuencia se ordene a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez[12].

2. Tramite de la acción de tutela

El Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad de Santiago de Cali (Valle del Cauca), mediante auto del dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015), admitió la acción de tutela y ordenó vincular a Serviempresa Mayerjun LTDA, a la E.P.S. Cafesalud, al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y al Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA[13]. Posteriormente, mediante auto de once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), dispuso la vinculación de la Empresa Montajes Fernando Bonilla y de la Compañía de Seguros Mapfre S.A[14].

3. Respuesta de la sociedad accionada y de los vinculados

3.1. La empresa Mayerjun LTDA -en liquidación-[15] se pronunció frente a la acción de tutela y solicitó amparar los derechos reclamados[16]. Explicó que el señor José Baldomero Torres Jansasoy firmó con la sociedad un contrato laboral el 22 de octubre de 2012, para el montaje de estructuras metálicas[17], y que en cumplimiento de su objeto sufrió, el 13 de diciembre de 2012, un accidente de trabajo, que tuvo como consecuencia la pérdida del 79.60% de su capacidad. Afirmó que después del accidente continuó pagando la seguridad social y el salario del señor Baldomero Torres. Finalmente, señaló que Positiva Compañía de Seguros S.A. se niega injustificadamente a reconocerle la pensión de invalidez, y que Cafesalud ni Porvenir tampoco le han prestado algún tipo de ayuda.

3.2. Positiva Compañía de Seguros S.A. se pronunció respecto de la acción de tutela. Admitió ser la aseguradora de riesgos laborales a la cual estaba afiliado el señor José Baldomero Torres para la fecha del accidente laboral que originó la pérdida de capacidad laboral con el empleador Serviempresa Mayerjun.

En respuesta a la acción pidió negar el amparo, porque el día del siniestro el accidentado realizaba labores para la empresa Montajes Fernando Bonilla, y no para Serviempresa Mayerjun Ltda., quien era la que realizaba los aportes. Por lo anterior, cuando esta sociedad -en liquidación- radicó la documentación para reportar el accidente, éste fue calificado como de origen común por no cobertura. Explicó que la ARL solo cubre los accidentes de trabajo cuando el empleado está realizando actos laborales para el empleador que paga las afiliaciones al sistema de riesgos laborales y que en este caso, como se explicó, no se cumple con ese requisito. Aclaró que informó de esa decisión a la empresa Serviempresa Mayerjun Ltda. y al actor.

Aseguró que la empresa Montajes Fernando Bonilla es quien debe asumir el pago de la pensión de invalidez del accionante por haber sido la que generó el riesgo que materializó el daño, con ocasión del accidente de trabajo sufrido por el señor Torres Jansasoy. Con fundamento en lo anterior, consideró que debe negarse el amparo solicitado por no existir vulneración alguna de los derechos reclamados, por parte de Positiva Compañía de Seguros S.A.

3.3. La empresa Montajes Bonilla Lozada, mediante memorial, solicitó más tiempo para responder la tutela, sin que obre en el expediente respuesta posterior[18].

3.4. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. explicó que no está legitimada por pasiva en la presente acción de tutela, porque no vulneró ningún derecho de señor José Baldomero Torres Jansasoy y no existe ninguna reclamación realizada por éste ante la Aseguradora, ya que no se configura una obligación legal o extra contractual entre la entidad y el siniestrado[19].

3.5. El Ministerio de Salud y Protección Social solicitó ser desvinculado de la acción de tutela debido a que no ha violado o amenazado los derechos del señor José Baldomero Torres Jansasoy[20].

3.6. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca explicó que ha respetado el debido proceso del señor Torres Jansasoy, por lo que solicitó su desvinculación del proceso[21].

3.7. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicitó declarar improcedente la acción de tutela con respecto a su vinculación por cuanto no ha vulnerado el derecho del señor Torres Jansasoy, como quiera que el accidente es de origen laboral, por lo que le corresponde a la ARL reconocer y pagar la pensión de invalidez[22].

3.8. Cafesalud E.P.S. guardó silencio, obrando certificación de su notificación efectiva[23].

4. Decisiones de instancia.

4.1. El Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad de Cali profirió sentencia de primera instancia el dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), declarando la acción de tutela improcedente[24]. Sustentó su decisión en i) la existencia de otro medio de defensa, en concreto la acción ordinaria laboral, ii) la falta de objeción por parte del señor José Baldomero Torres o su empleador del concepto enviado por Positiva Compañía de Seguros S.A., respecto del no reconocimiento de la pensión de invalidez, y iii) la no demostración de un perjuicio irremediable, entre otros motivos porque la empresa Serviempresa Mayerjun LTDA manifestó que continuó pagando la seguridad social y el salario del señor Torres Jansasoy.

4.2. La decisión fue impugnada por el accionante, sin que hubiera expuesto argumento adicional alguno[25].

5. Pruebas relevantes aportadas al proceso.

5.1. Cédula de ciudadanía del señor José Baldomero Torres Jansasoy, donde consta que nació el 28 de marzo de 1968.[27]

5.2. Cédula de ciudadanía de la señora Bonilla Lozada Luz Nancy, donde consta que nació el 19 de noviembre de 1961.[28]

5.3. Acta de audiencia No. 324-2012, expedida por el Instituto de Bienestar Familiar ICBF – Defensoría C. Z. Soacha de 21 de noviembre de 2012, en la cual se estableció, entre otras cosas, que el cuidado del niño Kevin Stiven Marín Bonilla está en cabeza de la señora Luz Nancy Bonilla Lozada y se advierte que el niño sufre de problemas de salud.[29]

5.4. Contrato de trabajo a término inferior a un año celebrado entre Serviempresa Mayerjun Ltda. y José Baldomero Torres Jansasoy de 22 de octubre de 2012 y con vencimiento el 31 de diciembre de 2012, para las labores de montaje de estructuras metálicas.[30]

5.5. Certificados y comprobantes de pagos de la seguridad social realizados por la empresa Serviempresa Mayerjun Ltda. a nombre del señor José Baldomero Torres Jansasoy.[31]

5.6. Formulario de descripción realizado por Positiva Compañía de Seguros S.A.[32]

5.7. Acta del proceso de evaluación realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca del 27 de noviembre de 2014, a petición del señor Torres Jansasoy – Mapfre Seguros, que fija una pérdida de la capacidad laboral del 79.60%, con origen: “no aplica”[33]

5.8. Informe histórico resumido de los pagos de la seguridad social del señor José Baldomero Torres Jansasoy, realizados por la empresa Serviempresa Mayerjun Ltda.[34]

5.9. “Informe para presunto accidente de trabajo del empleador o contratante”, efectuado por Positiva Compañía de Seguros S.A. el 13 de diciembre de 2012, en el que se afirma: “El trabajador se encontraba manipulando una cercha o estructura metálica, esta [se] desliza y cae sobre el (sic) golpeándole el tórax, abdomen y miembros inferiores ocasionándole posible fractura en los miembros inferiores y contusión múltiple”[35].

5.10. Oficio de 3 de enero de 2013 enviado por Positiva Compañía de Seguros S.A. al señor José Baldomero Torres Jansasoy, en el que le informan que la patología objeto de estudio “hernia inguinal – origen común K409” (sic) por el accidente de 13 de diciembre de 2012, se califica de origen común, pues no se cuenta con la información relevante para establecer su causa.[36]

5.11. El 23 de enero de 2013, la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. le manifiesta al accionante que no se reconocerán las prestaciones derivadas del evento expuesto, dado que, conforme a lo dispuesto en los artículos 8 del Decreto 1295 de 1994 y 3º de la Ley 1562 de 2012, el accidente laboral debe ser consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, y en este caso, agrega, el siniestro no ocurrió en ejercicio de su contrato laboral con la empresa que lo afilió, sino con una tercera. Agrega que consultada la base de datos del Ministerio de Salud y Protección Social, no se evidencia que Serviempresa Mayerjun esté facultada para operar afiliar colectivamente trabajadores, en los términos de los Decretos 3615 de 2005 y 2313 de 2006. Precisó:

“Cuando la entidad SERVIEMPRESA MAYERJUN Ltda. afilió al Sr. José Torres a esta ARL en calidad de su trabajador, se indicó ejecutar una actividad bajo su cargo y responsabilidad, así como también la existencia de un riesgo creado frente al cual se llevó a cabo su clasificación y porcentaje de cotización, amparado en una verdadera relación contractual.

Sin embargo, cuando ocurrió el accidente ... se estableció que sobrevino realizando una labor en favor de un tercero distinto a la entidad afiliante, denominado MONTAJES FERNANDO BONILLA, (...)”[37].

5.12. Mediante oficio del 4 de febrero de 2013, sin constancia de radicado en Positiva Compañía de Seguros S.A., Serviempresa Mayerjun Ltda. objetó la calificación efectuada por la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., argumentando, en síntesis, que: (i) Serviempresa afilió al señor Torres Jansasoy a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A., teniendo en cuenta que su objeto social, como lo indica el certificado de Cámara de Comercio, recae en la “administración de empleados y a la administración empresarial”; (ii) Serviempresa celebró con la empresa Montajes Fernando Bonilla un contrato de obra, con el compromiso de disponer de su personal para ejecutar lo convenido; (iii) con fundamento en este vínculo el señor Torres Jansasoy se encontraba ejecutando una labor para la empresa

Montajes Fernando Bonilla, cuando ocurrió el accidente, pero su vinculación laboral la ha sostenido con Serviempresa Mayerjun Ltda.; así, (iv) una vez afiliado legalmente el señor Torres Jansasoy a Positiva Compañía de Seguros S.A., por parte de Serviempresa, habiendo recibido puntualmente las cotizaciones, no es dable alegar una presunta inexistencia de subordinación para negar el derecho reclamado. Al respecto, precisa que:

“... la Administradora de Riesgos Profesionales que está instituida para proteger tanto a trabajadores subordinados, independientes y asociados luego de recibir la afiliación de cualquiera de éstos, no le es dable sostener que no le cabe obligación o responsabilidad alguna, pues ello no tiene sentido, precisamente porque cuando Serviempresa Mayerjun, empresa con la cual se encuentra vinculado el señor José Baldomero Torres se decide por la protección de la seguridad social a través de Positiva ARL, y ésta a su vez acepta su vinculación conocedora de la clase de empresa administradora de personal, quedó subrogada en los riesgos laborales, cumpliendo así con las preceptivas de la normatividad vigente, ... en los términos del ordenamiento vigente, Ley 100 de 1993, Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002 y Ley 1562 de 2012 y demás normas concordantes”.

5.13. Respuesta al derecho de petición de 13 - 06 -02012 PQR61999 ENT - 74763 de Positiva Compañía de Seguros S.A. a Serviempresa Mayerjun Ltda. - en liquidación -, calendada el 25 de junio del mismo año, en la que informa que no se accederá a otorgar la pensión de invalidez debido a que el señor José Baldomero Torres Jansasoy para el momento del accidente de trabajo estaba desarrollando su actividad laboral para otro empleador.[38]

En síntesis afirma que la reclamación se objeta, y por lo tanto no se ordena la remisión del afectado a la valoración por parte de la Junta Regional de Calificación de invalidez, en razón a que la afiliación por parte de Serviempresa Mayerjun Ltda. fue irregular, al no evidenciarse el marco subordinante que exige toda relación laboral y que justifica tanto la afiliación como la cobertura del riesgo asegurado por la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.. Advierte, finalmente, que para el momento en que se produce el siniestro el señor Torres Jansasoy laboraba para un empleador diferente al que lo afilió al sistema.

5.14. Oficio del 30 de julio de 2014 de Positiva Compañía de Seguros S.A. dirigido a Mayerjun Ltda. -en liquidación-, en el cual le notifican la declaratoria de nulidad de la

afiliación a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. por presentarse irregularidades.[39] Sustenta su decisión en los siguientes motivos: (i) la ARL ha verificado la situación de empresas que afilian a trabajadores al sistema sin que exista un vínculo de subordinación, configurándose la inexistencia de un interés legítimo y asegurable; (ii) esa situación determina un vicio en el consentimiento a la hora de admitir la afiliación, que configura una causal de nulidad absoluta y por tanto la ausencia de cobertura ante un evento ATEP; (iii) reportar como trabajador dependiente a quien no lo es, con el objeto de lograr la cobertura de riesgos, constituye una práctica de corrupción sancionable en los términos previstos en los artículos 11, 15 y siguientes de la Ley 1474 de 2011[40]; y (iv) teniendo en cuenta los elementos que deben acompañar todo contrato de seguro (artículo 1045 del Código de Comercio), así como las consecuencias por su no cumplimiento, la relación existente entre la ARL y Serviempresa está afectada de nulidad absoluta, por vicio en el consentimiento, que atenta además contra el principio de buena fe.

6. Actuaciones surtidas dentro del proceso de revisión.

Mediante auto del doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016), se ordenó oficiar: (i) a Positiva Compañía de Seguros S.A. para que remitiera el historial de aportes del señor José Baldomero Torres Jansasoy, y (ii) a Óscar Klinger Castillo, para que allegara el historial de aportes al sistema de seguridad social realizados a nombre del señor José Baldomero Torres Jansasoy.

Se recibieron los siguientes documentos: (1) historia de aportes a pensión expedida por Porvenir S.A. del señor José Baldomero Jansasoy, en la que se evidencia que ha efectuado aportes durante 359 semanas, en el periodo comprendido entre noviembre de 2003 y octubre de 2015[41] (2) solicitud de autorización de servicios de salud de la E.S.E. Hospital Mario Gaitán Yanguas, del joven Kevin Stiven Marín Bonilla, en el cual aparece que esta diagnosticado con autismo,[42] (3) orden médica del 30 de abril de 2016, expedida por el Hospital Vista Hermosa, del paciente Kevin Stiven Marín Bonilla, en el cual le diagnostican convulsiones,[43] (4) soportes de pago de la seguridad social realizados por pago simple del señor José Baldomero Torres Jansasoy, de los periodos 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, en su mayoría con el empleador Serviempresa Mayerjun Ltda.[44]

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Primera de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991[45].

2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de solución

2.1. Presentación del caso. El señor José Baldomero Torres Jansasoy reclamó a Positiva Compañía de Seguros S.A. el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez debido a que perdió el 79.60% de su capacidad laboral en un accidente de trabajo y cotizó al sistema de seguridad social 305 semanas a octubre de 2014.

La ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. no reconoció dicha prestación porque, según afirma, el día del accidente el señor Torres Jansasoy se encontraba trabajando para la empresa Montajes Fernando Bonilla y no para Serviempresa Majeryun Ltda., quien es la que aparece registrada como su empleador y cotizante a la ARL, con la cual no tiene un verdadero vínculo de subordinación.

Sin embargo, Serviempresa Mayerjun Ltda. -en liquidación- pidió que se ordenara a Positiva Compañía de Seguros S.A. reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor Torres Jansasoy, debido a que el accidente que causó las lesiones del trabajador es de origen laboral y se ocasionó en ejecución del contrato de obra que suscribió Serviempresa con Montajes Fernando Bonilla.

El Fondo de Pensiones Porvenir S.A. manifestó que es la ARL la entidad que debe otorgar la pensión de invalidez precisamente porque el accidente es evidentemente de carácter laboral. La sociedad Montajes Fernando Bonilla no contestó la acción.

2.2. Problema jurídico. ¿Vulneran el empleador, el fondo de pensiones y la administradora de riesgos laborales los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de una persona que fue diagnosticada con una pérdida del 79.60% de su capacidad debido a un accidente laboral, quien cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez[46], al negarle el reconocimiento y pago de una pensión

de invalidez porque, según afirman las sociedades involucradas, a ninguna de ellas le corresponde reconocer dicha prestación?.

2.3. Esquema de solución. En un primer apartado se analizará (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva y (ii) los requisitos de subsidiariedad e inmediatez para la procedencia formal de la acción de tutela. De encontrarse acreditados los presupuestos para entrar al fondo del asunto, la Sala se referirá (iii) al derecho a la seguridad social, con énfasis en el derecho a la pensión de invalidez, (iv) los precedentes en los que la Corte Constitucional ha analizado casos similares y, finalmente, (v) al caso en concreto.

3. Legitimación en la causa por activa del agente oficioso y por pasiva de particulares

3.1. Respecto a la agencia oficiosa como un medio para buscar la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 Superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 agregó la posibilidad de agenciar derechos de terceras personas cuando el titular de estos no esté en condiciones de promover su propia defensa, debiendo manifestar dicha situación en el escrito de tutela.

3.2. Al respecto esta Corporación ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto agenciado se encuentre plenamente identificado[47]. La Sala procederá a verificar si en el caso que nos ocupa el agenciante está legitimado en la causa para interponer la acción de tutela.

3.3. En el escrito de tutela el señor Oscar Klinger aclaró que presentó la acción constitucional en calidad de agente oficioso del señor José Baldomero Torres Jansasoy, los dos identificados plenamente en el expediente[48], porque el accidente de trabajo que sufrió este último le impide movilizarse por sus propios medios y, en consecuencia, asumir la defensa de sus derechos personalmente o a través de la asesoría de un consultorio jurídico o la Defensoría del Pueblo. Dicha condición, en consecuencia, le permite interponer la acción con miras a que la situación de discapacidad del afectado no se convierta en una barrera para lograr la garantía de los bienes fundamentales que considera lesionados.

3.4. Analizadas las circunstancias fácticas descritas, que además se encuentran probadas, puede concluirse que el señor Oscar Klinger está legitimado para interponer la acción de tutela como agente oficioso del señor Torres Jansasoy.

3.5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la protección de derechos fundamentales a través de la acción de tutela puede invocarse no solo contra la acción u omisión de autoridades públicas, sino de particulares. En este último caso, según el inciso 5 ídem, aquélla es viable, conforme a los casos previstos en la ley, como quiera que los particulares están encargados de la prestación de un servicio público (i), su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo (ii), o frente a ellos, el afectado se encuentra en estado de subordinación o indefensión (iii)[49].

La regulación a que hace referencia el citado inciso, se encuentra prevista en el artículo 42 del Decreto 2591 de 2001, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada el artículo 86 de la Constitución Política”, que en su numeral 9 hace referencia a los casos en los que el amparo se invoca frente a quienes se ostentan una relación de subordinación o indefensión[50]. Igualmente, conforme a los numerales 1 y 2 la garantía constitucional de tutela es viable frente a los particulares que prestan servicios públicos[51].

Ahora bien, tanto la subordinación como la indefensión implican la ruptura del derecho a la igualdad, aunque su fuente es diferente. En el primer caso, la dependencia jurídica tiene fuente en el ordenamiento jurídico, mientras que en el segundo la fuente es una situación de orden fáctico. Al respecto, en la providencia T-222 de 2005[52], se afirmó:

“La subordinación ha sido definida por la doctrina constitucional como la condición de una persona que la hace sujetarse a otra o la hace dependiente de ella y, en esa medida, hace alusión principalmente a una situación derivada de una relación jurídica en virtud de un contrato de trabajo o de las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo o la de los padres e hijos derivada de la patria potestad.

El estado de indefensión no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un vínculo jurídico sino en la situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. La indefensión no es una circunstancia que pueda ser analizada en abstracto, requiere de un vínculo entre quien la alega y quien infringe que permita asegurar

el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental.”[53]

3.6. En este caso la acción de tutela involucra una discusión surgida dentro de una relación laboral, en la que la situación del trabajador es indiscutiblemente de subordinación y en virtud de la cual ha estado expuesto a una negativa de sus derechos prestacionales. Aunado a lo anterior, conforme a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público, y la pensión que pretende el interesado, bien bajo el régimen común o el administrado por la ARL[54], integra dicho bien fundamental, por lo tanto, la legitimación por pasiva no genera dificultad alguna.

4.1. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tiene derecho a interponer la acción de tutela para reclamar la intervención del juez en la protección de sus derechos fundamentales. Así mismo la define como una acción de carácter subsidiario y residual[55]. De allí se establece que la acción constitucional es procedente sólo si se emplea cuando el actor no dispone de otro medio judicial de defensa o cuando, pese a existir, es inidóneo o ineficaz para el amparo de los derechos fundamentales, y se requiera para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

4.2. Cuando existen otros medios de defensa judicial, la procedencia de la tutela queda sujeta al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, en virtud del cual se debe analizar si existe un perjuicio irremediable, o si los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. Esto permite preservar la naturaleza de la acción en cuanto (i) se evita el desplazamiento innecesario de los mecanismos ordinarios, caracterizados por ofrecer los espacios naturales para invocar la protección de la mayoría de los derechos fundamentales, y (ii) garantiza que la tutela opere únicamente cuando se requiere suplir las deficiencias que presenta el orden jurídico para la protección efectiva de tales derechos a la luz de un caso concreto.

4.3. Respecto del perjuicio irremediable, este se configura cuando se presentan los siguientes elementos: (i) es inminente, (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) es grave; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.[56] Frente a estos requisitos, esta Corporación en sentencia T-225 de 1993[57] señaló que:

“A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con

lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.”

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señal la oportunidad de la urgencia.

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

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergradable, ya que

tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”

4.4. En el marco del principio de subsidiariedad, derivado del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela (i) no es procedente, cuando el ordenamiento jurídico prevé un mecanismo de defensa para la protección del derecho fundamental presuntamente lesionado, y ese mecanismo es idóneo, es decir, permite la discusión constitucional del reclamo concreto que promueve el afectado, y eficaz, pues atiende con oportunidad la protección invocada; (ii) es procedente de manera definitiva, cuando en el ordenamiento no existe un mecanismo de defensa idóneo o eficaz para su reclamo; y, finalmente (iii) es procedente transitoriamente, cuando, a pesar de la existencia de un mecanismo judicial idóneo y eficaz (prima facie) para ventilar la presunta vulneración del derecho, el asunto presenta contornos especiales que evidencian la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable y, en consecuencia, remitir el caso a las vías procesales ordinarias significaría su configuración[58].

4.5. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de respetar la configuración de aquella acción como un medio de protección inmediata de los derechos fundamentales, es decir, que pese a no contar con un término de prescripción por mandato expreso del artículo 86 superior, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna[59].

4.6. Finalmente, el juez constitucional debe ser más flexible en su análisis cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta[60]. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez

desde una óptica menos estricta, pues a menudo el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que una persona en óptimas condiciones[61].

4.7. Ahora bien, respecto de la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, esta Corporación ha señalado que por regla general no es el medio idóneo y que el reclamante debe acudir a las acciones judiciales que corresponda. Sin embargo, excepcionalmente, resulta procedente “cuando estos medios pierden eficacia jurídica para alcanzar el objeto que buscan proteger, concretamente, cuando un análisis de las circunstancias fácticas del caso o de la situación particular de quien solicita el amparo así lo determina. En estos eventos, la controversia suscitada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, siendo necesaria la intervención del juez de tutela.”[62].

4.8. En el mismo sentido la Corte manifestó que “los conflictos jurídicos generados en el incumplimiento del deber de asegurar el derecho irrenunciable a la seguridad social a los trabajadores deben ser tramitados a través de los mecanismos judiciales ordinarios, como lo son el proceso laboral y las acciones contencioso administrativas, según sea el caso. Sin embargo, pese a la existencia de otro medio de defensa, la Corporación ha insistido en la procedencia de la acción de tutela cuando el medio ordinario judicial no sea el eficaz para proteger los derechos fundamentales de quien se encuentra bajo situación apremiante y que están siendo amenazados o vulnerados por quien resulta objetivamente responsable, caso en el que el afectado no podrá ser compelido por el juez constitucional a trámites procesales dispendiosos o dilatorios, como quiera que de la resolución de los mismos depende la garantía constitucional a vivir dignamente y el aseguramiento del derecho irrenunciable a la seguridad social”.[63]

4.9. En este caso la tutela es procedente aunque existe un medio de defensa idóneo y eficaz en abstracto para reclamar jurisdiccionalmente el derecho a la pensión de invalidez, que es el proceso ordinario, por las siguientes razones:

(i) El señor José Baldomero Torres Jansasoy es un sujeto de especial protección constitucional, que deriva de la pérdida de su capacidad laboral en un 79,60%. Esta situación no solo le impide ejercer su derecho al trabajo, sino que lo ubica en estado de

dependencia frente a sus familiares, dado que ha afectado funciones vitales como caminar.

(ii) Además de la condición física, el contexto económico-social que lo rodea es desfavorable e intensifica la vulnerabilidad del reclamante y de su núcleo familiar, pues era quien, con su salario, satisfacía sus necesidades básicas.

Adicionalmente, se destaca que la familia se encuentra conformada por la señora Luz Nancy Bonilla Lozada, compañera, y un menor de edad, a su cuidado, que sufre de autismo y que, por lo tanto, también requiere de cuidados y de que sus derechos sean protegidos.

4.10. En tales condiciones, se cumplen con los requisitos exigidos para que la acción sea procedente, porque: i) el perjuicio es inminente, como quiera que de los hechos presentados y de las pruebas aportadas se estableció que las condiciones de vida en dignidad del señor Torres Jansasoy y su familia disminuyen día a día por no tener actualmente una fuente de ingresos debido a que él no puede realizar ninguna actividad productiva por la pérdida de la capacidad laboral y depender de terceros, y que su compañera sentimental tampoco puede trabajar porque es quien se ocupa de su cuidado y el del menor que vive con ellos que sufre de convulsiones y autismo; ii) las medidas que se requieren para impedir el perjuicio irremediable son urgentes, como quiera que el accionante y su familia son sujetos de especial protección, por lo que demandan del Estado acciones especiales para garantizar sus derechos; iii) con el paso del tiempo la situación se agrava más sin que se vislumbre una solución pronta dado que no tienen como cubrir sus necesidades diarias, y iv) por último, la acción de tutela resulta impostergable debido a que es el medio más expedito para garantizar el derecho al mínimo vital del señor Torres Jansasoy, incluso si esta se utiliza como un mecanismo transitorio, mientras se activan y resuelven los medios ordinarios.

Así las cosas, es claro que, contrario a lo señalado por los jueces de instancia[64], se demostró la existencia de un perjuicio irremediable y la condición de vulnerabilidad del reclamante.

4.11. En efecto el señor José Baldomero Torres Jansasoy quedó en estado discapacidad por haber perdido el 79.60% de su capacidad laboral y necesita de la ayuda de terceros para desarrollar sus actividades diarias[65], por lo que no puede realizar ningún trabajo. Es

importante resaltar que su experiencia laboral está relacionada con el “montaje de estructuras metálicas”, función que implica trabajo físico en alturas y que ya no puede realizar, por lo que no le resulta factible generar ingresos propios para cubrir sus gastos y los de su familia.

4.12. Se estableció que el núcleo familiar del señor Torres Jansasoy, como ya se dijo, está conformado por su compañera y un joven de 16 años que tiene bajo custodia, es autista y padece de convulsiones.[66] Es claro que ese núcleo familiar se encuentra en una situación vulnerable como quiera que no genera ingresos para cubrir sus necesidades.

En relación con la inmediatez, la Sala advierte que desde la fecha del accidente que sufrió el señor José Baldomero Torres Jansasoy, el 13 de diciembre de 2012, hasta la interposición de la acción de tutela, el 24 de noviembre de 2015, adelantó actuaciones tendentes a obtener el reconocimiento del derecho que reclama, como incluso acudir ante la Junta de Calificación de Invalidez con la empresa de seguros Maphre, pese a que esa era una carga que no le correspondía. Adicionalmente, deben tenerse en cuenta dos elementos, el primero, la situación médica que dificulta su defensa, y, el segundo, que el riesgo sigue siendo actual, pues se trata de reclamaciones que recaen sobre prestaciones periódicas.

Finalmente, es oportuno advertir que las circunstancias de desprotección del actor y de su familia no se desvanecen por el hecho de que Serviempresa, según afirma en su contestación a este mecanismo de amparo, continúe cotizando al sistema general de seguridad social y cubriendo su salario[67], por dos razones:

La primera, porque en la actualidad entre el señor Torres Jansasoy y la empresa no existe vínculo laboral y, en consecuencia, no existe una fuente de pago exigible jurídicamente; y, la segunda, en razón a que la empresa está en liquidación. Adicionalmente, ante el suceso ocurrido al petente mientras cumplía con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, el ordenamiento prevé mecanismos de protección, como la pensión de invalidez en este caso, y por ello es en su definición donde radica la protección adecuada y efectiva a su estado.

5. Del derecho a la seguridad social. Reconocimiento de la pensión de invalidez.-

5.1. La vinculación a la dignidad humana[68], ha viabilizado la afirmación de la

fundamentalidad autónoma de derechos económicos sociales y culturales como el de la seguridad social. Su protección, ligada en el orden internacional al reconocimiento de situaciones de calamidad que afectaban a los obreros en el proceso de industrialización, significó, entre otros hechos, la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el año 1919, en cuya carta constitutiva se destacó la inescindible relación entre la justicia social y la paz, y la necesidad de establecer medidas de protección al trabajador “contra enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo”[69].

A partir de dicho momento, y como resultado de sus Conferencias periódicas, la OIT ha suscrito declaraciones, como la de Filadelfia[70], recomendaciones, como la 67[71], y convenios, como el 102[72], en los que ha destacado la obligación estatal de amparar las contingencias relacionadas, entre otros aspectos, con la pérdida de la capacidad para lograr los medios de subsistencia por cuenta propia[73].

5.2. En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, la Declaración Universal establece, en su artículo 22, el derecho de toda persona a la seguridad social y, en el artículo 25, el derecho a los seguros “en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 7º literal b) estipula la obligación de los Estados Partes en la garantía de la seguridad y la higiene en el trabajo; y, en el artículo 9, el derecho a la seguridad social e incluso al seguro social.

5.3. En el escenario regional, la Convención Americana de Derechos Humanos prevé, en el artículo 26, la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas para, progresivamente, satisfacer los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura previstas en la carta de la Organización de los Estados Americanos[74]. El protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) contempla, en el artículo 7 literal e), la obligación de garantizar, en beneficio de unas condiciones laborales justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, la seguridad e higiene laborales. El artículo 9º ibídem prevé el derecho a la seguridad social, con el objeto de proteger las contingencias de vejez e incapacidad y, en situaciones laborales activas, la cobertura de la atención médica, el subsidio o jubilación por accidentes o enfermedad

laboral, y la licencia de maternidad antes y después del parto para mujeres[75].

5.4. En el ordenamiento interno, en estricto sentido, el artículo 48 dispone que la seguridad social es un servicio a cargo del Estado, y un derecho irrenunciable. Sobre su alcance esta Corporación ha construido una línea relevante con miras, tal como se afirmó previamente, a afirmar su fundamentalidad de manera autónoma. Dicho análisis se consolidó ante la concepción interdependiente e indivisible de todos los derechos fundamentales, así como en la diferente vinculación por parte del Estado a la protección de las múltiples facetas que pueden derivarse de un derecho considerado en abstracto[76]. Más claramente, la Corte ha venido sosteniendo que algunas facetas positivas de bienes ius fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales y colectivos, no son actualmente exigibles, pero sí demandan del Estado obligaciones presentes para avanzar. Mientras que otras, pese a su contenido prestacional, sí son consideradas como derecho subjetivo[77].

5.5. Destacable también resulta la Observación 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que al referirse al derecho a la seguridad social afirmó su carácter redistributivo, y la inclusión, dentro de su ámbito de protección, de medidas relacionadas con la falta de ingresos procedentes del trabajo “debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar”.

5.6. En este marco, la pensión de invalidez es un derecho vinculado a la protección de la seguridad social, cuyo objeto es amparar a las personas que por su condición física o mental ven restringidas sus posibilidades para la concreción de sus planes de vida, y, además, un medio para la realización de otros bienes ius fundamentales, como la vida en condiciones de dignidad, la autonomía, la salud, entre otros.

La pensión de invalidez vista desde una perspectiva económica, implica la posibilidad de que el Estado, previa la satisfacción de unos requisitos mínimos, reconozca un derecho a percibir una suma periódica, como reemplazo al menos parcial de aquello que se devengaría en pleno uso de todas las capacidades. Sin embargo, siguiendo las Convenciones Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad[78], e Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[79], es claro que con esa protección que permite solventar necesidades básicas, y que se expande directamente a la garantía del derecho a la salud.

Por ejemplo, no se agota el ámbito de acción estatal, pues aunque en principio esas condiciones médicas generan restricción en el ejercicio normal de las condiciones de vida, lo cierto es que es deber de las autoridades potenciar las posibilidades de dicha población para evitar su discriminación, así como para lograr su inclusión[80].

5.7. La pensión de la invalidez, vista como expresión del ámbito de protección del derecho a la seguridad social, está actualmente regulada en nuestro ordenamiento bajo dos modalidades, una, destinada a la protección de enfermedades y accidentes de origen común, a cargo del Sistema General de Pensiones bien sea en el régimen de prima media con prestación definida o en el sistema de ahorro individual con solidaridad, y otra, llamada a cubrir las contingencias ocurridas en el contexto laboral, que deben ser satisfechas por las aseguradoras de riesgos laborales.

En el primer caso, las normas básicas se encuentran previstas en el Capítulo III, Título II de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan tras disposiciones”, que en su artículo 38 prevé que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, el estado se estructura con un porcentaje igual o superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, por una causa de origen no profesional ni intencional. Además de dicho estado, se requiere contar con cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha en que se estructure la enfermedad o ocurra el accidente (artículo 39 ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003).

Para la prestación de invalidez con origen profesional -enfermedad o accidente-, el parámetro normativo está integrado por el Decreto Ley 1295 de 1994, “por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”[81], la Ley 776 de 2002, “por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”, y la Ley 1562 de 2012, “por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos profesionales”.

Con fundamento en este régimen, la condición de invalidez también se configura con la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%. Tanto el artículo 7º del Decreto Ley 1295 de 1994 como el artículo 1º de la Ley 776 de 2002, establecen que

configurado el anterior hecho se genera como consecuencia el derecho a acceder a esta prestación, cuyo porcentaje se calcula dependiendo solamente del porcentaje de invalidez.

6. Análisis de casos similares fallados por la Corte Constitucional.-

6.1. Antes de citar algunas decisiones proferidas por esta Corte, se subraya que en el presente asunto la discusión que dio origen al reclamo constitucional no radica en las circunstancias en que ocurrió el hecho que ocasionó el estado de disminución de la capacidad laboral del señor José Baldomero Torres Jansasoy. Tampoco se discute que él cuenta con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

El aspecto que generó la negativa de la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. a conceder el beneficio pensional consiste en que, presuntamente, ocurrió cuando estaba laborando para un empleador diferente al que generó la vinculación al sistema de riesgos profesionales, al parecer como consecuencia de un fenómeno de tercerización inadmisible jurídicamente.

6.2. En la sentencia T-339 de 2012[82] la Corte se ocupó de un caso en el que una persona se encontraba legalmente vinculada con una Fundación, generándose la vinculación obligatoria a ARL. No obstante, en virtud de un convenio interadministrativo suscrito por dicha Fundación y una tercera empresa, el trabajador desempeñó sus labores al servicio de esta última. En dicho marco, sufrió un accidente laboral que no fue cubierto por la ARL, bajo el argumento de que al momento del siniestro desempeñaba sus funciones para una persona diferente a quien lo afilió[83]. En estas condiciones, la Sala ordenó transitoriamente el reconocimiento de la pensión a la ARL (ARP) a la que se encontraba vinculado a la fecha del suceso, agregando que:

“De manera, entonces, que para el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el actor, es preciso verificar, tanto la calificación de la pérdida como la naturaleza del siniestro, así como la afiliación del afectado a la respectiva ARP. En este caso, se reitera, se tiene que el actor fue valorado con una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 72.15%, estructurada el día 10 de noviembre de 2008 y cuyo origen, según valoraciones de las mencionadas Juntas de Calificación, es un accidente de trabajo. Además, a la fecha de ocurrencia del siniestro, el actor estaba vinculado a la ARP demandada. [37]”.

6.3. En otro asunto, el cual fue analizado en la sentencia T-721 de 2012[84] donde un obrero sufrió un accidente de trabajo y que en consecuencia solicitó la pensión de invalidez pero que esta le fue negada por la ARL porque para el día del accidente este se encontraba desafiado al sistema de riesgos laborales, la Corte manifestó que “Lo cierto es que la discusión sobre el presunto error al realizar los aportes, sobre si se reportó o no la novedad de retiro y sobre el momento en que terminó la cobertura del SGRP no tenía por qué afectar la prestación de los servicios de salud que el accionante requirió una vez sufrió su accidente de trabajo, ni el pago de sus incapacidades, ni el reconocimiento de su pensión, a la cual tenía derecho una vez que su invalidez fue definida. Sobre todo, cuando el ordenamiento jurídico es tan claro acerca de la responsabilidad ineludible e inmediata que tienen las ARP en esa materia.”

“Bajo esa óptica, es viable reiterar que las ARP son las llamadas a responder por las prestaciones económicas y asistenciales que demanden sus afiliados cuando quiera que su salud se vea afectada debido a un evento de origen profesional, que no pueden evadir dicha obligación oponiendo pretextos de índole administrativa ni ninguna otra discrepancia no imputable al trabajador que cumple los requisitos para acceder a tales beneficios y que, en todo caso, las entidades conservan la opción de iniciar las acciones de recobro pertinentes, en los términos previstos por la ley y la jurisprudencia.”

En esta misma sentencia se estableció que la decisión de amparar debía ser transitoria mientras el proceso ordinario se resolvía.

6.4. En la sentencia T-134 de 2013[85] se estudió el caso de una Administradora de Riesgos Profesionales (ahora laborales) que negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes con posterioridad a un accidente en una mina porque, según la entidad, los mineros no fallecieron en un accidente laboral. En ese asunto, la entidad convocada negó el reconocimiento de la prestación porque consideró que las muertes ocurrieron cuando estos estaban trabajando para un patrón diferente al que los había afiliado al sistema de riesgos laborales. En efecto, el siniestrado estaba vinculado a una cooperativa de trabajo y se logró establecer que ésta lo había enviado a trabajar como minero al lugar donde falleció y bajo las órdenes de la mina. Se estableció que la figura de la Cooperativa se utilizaba como intermediación del empleador para pagar la seguridad social y afiliación al sistema de seguridad laboral de sus empleados. En esa decisión se sostuvo que este tipo de prácticas

no pueden perjudicar a los trabajadores o a sus familias por ser una responsabilidad del empleador y no del empleado, ordenando de manera definitiva el pago de la pensión a la ARP:

“7.7. Determinado el cumplimiento de los requisitos legales para que la ARP deba reconocer y pagar las pensiones reclamadas a la señora Gallo Pasachoa, la Corte considera necesario hacer cuatro precisiones acerca de los argumentos esbozados por POSITIVA, en el sentido de que los causantes se encontraban trabajando para un tercero al momento de su muerte. Lo primero es recordar que el hecho de que el accidente se presente fuera de las oficinas de la entidad no implica que ello no pueda ocurrir con ocasión del trabajo. En segundo lugar, en la parte considerativa de esta providencia se dejó claro que las vicisitudes administrativas que puedan existir para el reconocimiento y pago de las prestaciones no pueden ser óbice para que las ARP cumplan con su obligación legal de cubrir los accidentes laborales que les ocurran a sus afiliados. Situación distinta es que puedan repetir contra quien consideran es el responsable de pagarlas. Tercero, en el expediente quedó probado que la afiliación y cotización de los causantes realizada por COOPSERVAR al SRP se estaba haciendo sobre una tarifa del 6.96%, la cual corresponde a actividades de alto o máximo riesgo. En ese sentido, no cabe el argumento de que las funciones correspondían a un riesgo desconocido por la entidad. Y cuarto, es claro que la figura de las cooperativas en ningún caso puede derivar en la vulneración de derechos fundamentales de sus afiliados o los beneficiarios de estos, especialmente cuando se presentan casos de intermediación laboral”.

7. Resolución del caso concreto

7.1. En el caso concreto se probó que entre la empresa Serviempresa Mayerjun Ltda. – en liquidación – y el señor Torres Jansasoy, para la fecha del accidente, existía un contrato de trabajo a término inferior a un año cuyo objeto era “montaje de estructuras metálicas”.^[87] El contrato se suscribió el 22 de octubre de 2012 y su vigencia se extendía hasta el 31 de diciembre de ese mismo año.

7.2. En vigencia del contrato, el 13 de diciembre de 2012, el señor Torres Jansasoy sufrió un accidente mientras desarrollaba las funciones derivadas de la ejecución del mismo, cayó de un tercer piso y recibió el impacto de una estructura metálica.^[88]

Acorde con lo afirmado por Serviempresa, el lesionado prestaba sus servicios directamente a una tercera empresa (Montajes Fernando Bonilla), en razón del contrato de obra suscrito por esta y Serviempresa Mayerjun Ltda.

7.3. Cuando ocurrió el accidente, Serviempresa Mayerjun Ltda – en liquidación inició el trámite ante Positiva Compañía de Seguros S.A. para el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada.[89]

7.4. Para la fecha de la estructuración, 13 de diciembre de 2012[90], el señor Torres Jansasoy se encontraba afiliado a la administradora de riesgos laborales Positiva Compañía de Seguros S.A., a través de la empresa Serviempresa Mayerjun Ltda. [91], y cotizaba al fondo de pensiones Porvenir S.A. De conformidad con el certificado allegado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, el señor Torres Jansasoy cuenta con 359 semanas de cotización al mes de noviembre de 2015 y, aproximadamente, 215 semanas al 13 de diciembre de 2012[92].

7.5. En el acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca se anotó que el señor Torres Jansasoy el día de la accidente estaba trabajando para la empresa Montajes Fernando Bonilla, instalando unas estructuras.[93] Además, se estableció que el señor Torres Jansasoy perdió el 79.60% de su capacidad laboral y que requiere ayuda de terceros para realizar sus necesidades básicas.[94] No puede trabajar ni generar ingresos propios, en consecuencia es un sujeto de especial protección, por lo que exigirle agotar un proceso judicial implicaría una carga que debido a su condición afecta de manera intensa sus derechos.

7.6. Se comprobó que su núcleo familiar está compuesto por su compañera permanente y un menor adolescente de 16 años que está a cargo de ella, quien fue diagnosticado con autismo que le generan convulsiones[95]. La compañera del señor Torres Jansasoy no puede trabajar porque es quien se encarga de su cuidado y atención, lo mismo que del adolescente, lo que sitúa a esta familia en situación de alta vulnerabilidad.

7.7. Por último, la ARL se niega a conceder el beneficio pensional en razón a que considera que la afiliación del empleador está viciada, pues entre este último y el lesionado no existe un verdadero vínculo de subordinación que justifique el traslado del riesgo a la compañía. El empleador afirma que quien debe conceder la prestación es la ARL, porque para el

momento del accidente el trabajador se encontraba legalmente afiliado a Positiva Compañía de Seguros S.A.; y, por su parte, la AFP Porvenir considera que, como la incapacidad se generó por un accidente de trabajo, la competente para acceder a la pensión es la ARL.

7.7.1. Reiterando la jurisprudencia de esta Corporación[96], es claro que las discusiones administrativas no pueden convertirse en un obstáculo para la garantía de los derechos de quienes reclaman una pensión, pues este concepto no engloba simplemente una suma dineraria, sino que representa para sus beneficiarios, en casos como el que atiende ahora la Sala, la garantía básica del derecho a la dignidad humana.

7.7.2. El reproche que cabe en este caso adquiere connotaciones superiores si se tiene en cuenta que no hay duda de que el accidente se ocasionó en ejercicio de las actividades laborales propias que desarrollaba el accionante, ni del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, trámite este último que debió adelantar el propio interesado porque la ARL se negó a remitirlo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez bajo el argumento de que la afiliación presentaba, presuntamente, irregularidades.

7.8. Esta Sala no es competente para definir si en efecto existe irregularidad en la vinculación laboral existente para el año 2012 entre Serviempresa Mayerjun Ltda. y el señor José Baldomero Torres Jansasoy, no puede definir la legalidad o no de la afiliación a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.[97], sin embargo, sí debe determinar, en lo sustancial y ante el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, quién debe asumirla, por lo menos de manera transitoria, pues la Corporación debe garantizar la eficacia de los derechos fundamentales cuando quiera que se observa su quebrantamiento.

Lo anterior no es óbice para que, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, se remita copia de esta actuación al Ministerio de Salud y Protección Social, en la medida en que se ha afirmado por algunas partes la existencia de un fenómeno de tercerización que afecta derechos laborales, y en consecuencia dicha Cartera debe iniciar y/o impulsar los trámites pertinentes para evitar que en el futuro ocurran situaciones similares.

7.9. Con el objeto de establecer quién debe asumir el pago de la prestación deben destacarse varios presupuestos relevantes:

7.9.1. La incapacidad se originó, en principio y con base en las pruebas allegadas, por un evento de origen laboral, en vigencia de un contrato de trabajo, y contando con la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales.

7.9.2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto Ley 1295 de 1994, “Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales”, los trabajadores afiliados tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones previstas por dicho ordenamiento (g), y el vínculo laboral genera la obligación al empleador de afiliar al empleado al sistema de riesgos profesionales (i). En virtud del artículo 7º ibídem, una de las prestaciones a las que tiene derecho el trabajador afiliado ante la ocurrencia del siniestro, es la pensión de invalidez.

A su turno, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º de la Ley 776 de 2002, “por la cual se dictan normas sobre la organización y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”, la competente para reconocer beneficios como consecuencia de una enfermedad o accidente de origen laboral es la administradora en la que el afectado se encuentre afiliado.

7.9.3. Por otro lado, la Sala subraya que Positiva Compañía de Seguros S.A. venía aceptando las cotizaciones de Serviempresa. La aseguradora, además en cumplimiento de sus obligaciones legales, debe adelantar actividades con sus afiliadas y en su ejecución no manifestó objeción alguna por el objeto de la compañía. Dichas obligaciones, por ejemplo, consisten en servicios de prevención (artículos 35, 56 inciso 4º, 59 y 80 literal f) del Decreto 1295 de 1994), y de prevención y promoción (artículo 11 de la Ley 1562 de 2012, “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional).

Estas diligencias son relevantes para las Administradoras en la medida en que de sus evaluaciones puede resultar una modificación en la calificación del riesgo que maneja la empresa, y ello incide en la cotización que se recibe con el objeto de cubrir las prestaciones a su cargo.

Ahora bien, no se desconoce que al momento de observar una falencia la Aseguradora debe tomar los cursos de acción legales para su corrección. Sin embargo, lo que no es dable admitir es que, como ocurrió en este caso, se niegue a reconocer prestaciones que se

causaron en un momento en el que la afiliación no era cuestionada, y que ello perjudique a la parte más débil de la relación, pues desde diciembre de 2012 el actor ha venido intentando el reconocimiento de una prestación a la que tiene derecho, pero que por inconvenientes ajenos a su voluntad le ha sido negada.

7.10. Así, en la medida en que (i) el accionante estaba afiliado a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. al momento del accidente laboral, (ii) dicha afiliación se originó en virtud del contrato laboral suscrito y vigente entre el afectado y Serviempresa, y esta última en cumplimiento de sus obligaciones legales lo afilió, (iii) la conclusión es que quien debe asumir transitoriamente el pago de la prestación es la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.

No desconoce la Sala que el accionante reúne los requisitos para acceder a una pensión de invalidez con cargo al Fondo de Pensiones Porvenir (50 semanas de cotización con anterioridad a la ocurrencia del accidente y una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%), empero, en la medida en que, conforme a la prueba allegada y a la discusión planteada por la misma ARL, la causa es de origen laboral, lo adecuado consiste en la aplicación de la normativa prevista en el Decreto Ley 1295 de 1994, y concordantes.

7.11. Así las cosas, se ordenará a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. reconocer y pagar de forma transitoria la pensión de invalidez del señor José Baldomero Torres Jansasoy, teniendo la facultad para iniciar el proceso judicial que corresponde si considera que no es la entidad que debe pagar la prestación.

7.12. En consecuencia la Sala revocará las sentencias de primera instancia, proferida por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad de Cali (Valle del Cauca) el dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), y de segunda instancia, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali (Valle del Cauca) el veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2106), y le ordenará, de forma provisional, a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. conceder y pagar una pensión de invalidez por accidente laboral al señor José Baldomero Jansasoy.

Atendiendo a que la prestación se concede transitoriamente, conforme a la regla prevista en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[98], correspondería al señor Torres Jansasoy

adelantar el proceso judicial para obtener en firme su reconocimiento pensional. No obstante, en atención a su situación médica y a que en este caso no se discute el derecho en sí mismo considerado, sino la entidad a cargo de quien se encuentra el reconocimiento, se procederá a ordenar que la acción respectiva la adelante la Aseguradora de Riesgos Profesionales Positiva Compañía de Seguros S.A., en razón a que el juez de tutela cuenta con amplias facultades para reestablecer en el marco constitucional los derechos fundamentales que se encuentran conculcados[99].

Debe insistirse en que la protección transitoria obedece a una discusión sobre la entidad competente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, y no frente al derecho que le asiste al petente de acceder a ella, por lo tanto, la satisfacción de su prestación no puede verse interrumpida con ocasión de dicha actuación judicial.

Finalmente, teniendo en cuenta que la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A. justificó su negativa de conceder la prestación reclamada en el hecho de que para el momento del accidente de trabajo el afectado no estaba prestando servicios derivados de su vinculación con Serviempresa Mayerjun Ltda e incluso invalidó en el año 2014 la afiliación de esta última como empresa, hay lugar a remitir las presentes diligencias al Ministerio de Salud y Protección Social con el objeto de que inicie y/o impulse las actuaciones pertinentes de cara a establecer la posible existencia de un fenómeno de tercerización en este caso y, de esta manera, adoptar las medidas conducentes a la protección de los derechos de los trabajadores involucrados.

8. Conclusión

En los casos en los que se constata (i) la existencia de un perjuicio irremediable, y (ii) la ocurrencia de un accidente o enfermedad laboral en el marco de una afiliación vigente a la Aseguradora de Riesgos Laborales, (iii) pese a la existencia de discusiones de orden administrativo, (iv) la competencia para reconocer las prestaciones a que haya lugar conforme al régimen legal es de la ARL respectiva, incluso de manera transitoria si existe un conflicto a ser decidido por el Juez competente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali (Valle del Cauca), el veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), en la cual se confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad de Cali (Valle del Cauca) el dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015). En su lugar, CONCEDER de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales del señor José Baldomero Torres Jansasoy al mínimo vital y seguridad social.

Segundo.- ORDENAR a la Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva Compañía de Seguros S.A. reconocer y pagar, de forma provisional, la pensión de invalidez al señor José Baldomero Torres Jansasoy.

Tercero.- OTORGAR a la Aseguradora de Riesgos Profesionales Positiva Compañía de Seguros S.A. un término de cuatro (4) meses para iniciar la acción legal que corresponda para que el juez ordinario laboral decida a quien corresponde reconocerla, si considera que no es la entidad que debe asumir el pago de la pensión de invalidez del señor Torres Jansasoy.

Cuarto.- REMITIR copia de esta actuación al Ministerio de Salud y Protección Social, con el objeto de que, de considerarlo pertinente, inicie y/o impulse los trámites pertinentes para determinar la ocurrencia de un posible fenómeno de tercerización laboral ilegal, y tome las medidas a que haya lugar.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Este caso fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Cinco, mediante Auto proferido el 14 de junio de 2016 y bajo el criterio subjetivo denominado “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

[2] Además, manifiesta quien presenta la acción en su nombre que el actor, por sus limitaciones físicas al haber perdido el 76.60% de su capacidad laboral y estar en silla de ruedas, no pudo desplazarse a la Defensoría del Pueblo ni ninguna de las entidades donde podían ayudarlo a interponerla, por lo que fue necesario acudir a la figura de la agencia oficiosa.

[3] Fecha de nacimiento 28 de marzo de 1968, en la Plata (Huila), Cedula visible a folio 2 del expediente del cuaderno del Juzgado Veinte Civil Municipal de Oralidad de Cali. A partir de esta anotación la referencia a folios será la del cuaderno principal salvo que se exprese lo contrario.

[4] Ver folios 8 a 11.

[6] Ver folios 30 y 31 del cuaderno de revisión.

[7] Ver folios 19, 20 y 21.

[8] Ver folios 39 a 46.

[9] Ver folio 45.

[10] Oficio de 3 de enero de 2013, obrante a folios 85 y 86.

[11] Oficio de 23 de enero de 2013.

[12] Memorial folios 47 a 52.

[13] Ver folio 58.

[14] Ver folio 128.

[15] Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali el 9 de diciembre de 2015.

[16] Folios 70 a 74.

[17] Ver folios 19 a 21.

[18] Folio 164.

[19] Folios 166 y 167.

[20] Folios 123 a 125.

[21] Folios 126 y 127.

[22] Folios 104-112.

[23] A folio 67 del expediente obra constancia de que la EPS Cafesalud fue notificada por correo el 3 de diciembre de 2015.

[24] Ver folios 139 a 146.

[25] Folio 129, parte inferior.

[26] Folio 190 a 193.

[27] Folio 2.

[28] Folio 3.

[29] Folios 9 a 11.

[30] Folios 19 a 21.

[31] Folios 22 a 29.

[32] Folio 36 a 38.

[33] Folios 40 a 46.

[34] Folios 79 al 82.

[35] Folios 93 y 94.

[36] Folios 85 y 86.

[37] Folios 116 a 118.

[38] Folios 83 y 84.

[40] Conocida como Estatuto Anticorrupción.

[41] Folios 34 a 37 del cuaderno principal.

[42] Folio 30 de cuaderno de revisión.

[43] Folio 31 ibídem.

[44] Folios 23 a 45 ibídem.

[45] Por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[46] De conformidad con el reporte allegado al expediente por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el señor José Baldomero Torres Jansasoy cuenta con 359 semanas de cotización al mes de noviembre de 2015 y, aproximadamente, 215 semanas al 13 de diciembre de 2012.

[47] Ver sentencias T-294 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (MP. Mauricio González Cuervo), T-004 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo) y T-545 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (MP. María Victoria Calle Correa),

T-477 de 2015 (MP. María Victoria Calle Correa).

[48] Se allegaron como pruebas fotocopia de la cédula del agenciante y agenciado, así como domicilio y datos de contacto, folios 1 a 4.

[49] Frente a la procedencia de la acción contra particulares, la Corte en sus primeras decisiones precisó: “Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria” (T-251 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la C-134 de 1994 MP Vladimiro Naranjo Mesa – unánime).

[50] Este apartado inicialmente precisaba que esa procedencia estaba vinculada a la protección de los derechos a la vida o integridad, sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-134 de 1994 declaró la inexequibilidad de tal delimitación, afirmando que la competencia del legislador prevista en el inciso 5º del artículo 86 de la Carta no permitía la restricción de la procedencia de la acción a unos derechos fundamentales cuando se compromete la actuación u omisión de particulares. (MP Vladimiro Naranjo Mesa – unánime).

[51] “Con todo, esta Corporación considera que, respecto de los numerales 1o. y 2o. del artículo 42 del decreto 2591, la acción de tutela debe proceder contra cualquier particular que preste un servicio público. Lo anterior porque, como se ha establecido, el servicio público de interés general prestado por un particular hace que éste asuma una posición de

primacía material, con relevancia jurídica, que hace que ese particular, al trascender el plano de la justicia conmutativa que enmarca una relación de igualdad entre todos los seres de un mismo género, pueda, por medio de sus actos, cometer “abusos de poder” que atenten contra algún derecho fundamental de una o varias personas. Por ello ese “particular” debe ser sujeto de las acciones pertinentes, dentro de las cuales se encuentra la acción de tutela, que determinan la responsabilidad de quienes, se repite, han vulnerado o amenazado un derecho constitucional fundamental de cualquier persona.”. Ibídem.

[52] MP Clara Inés Vargas Hernández (unánime).

[53] Reiterada en la sentencia T-098 de 2015 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (unánime).

[54] El artículo 8 de la Ley 100 de 1993 establece: “El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley.”.

[55] Adicionalmente dicho carácter se encuentra en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[56] Ver entre otras sentencias T-378 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo), T-326 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). T-471 de 2014 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y la T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

[57] MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Providencia en la que se estudió la protección del derecho al agua de una comunidad, estableciendo diferencias relevantes en relación con el alcance de la acción de tutela y la acción popular.

[58] Al respecto, en la sentencia SU-335 de 2015 (MP. Mauricio González Cuervo. AV. Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán (e)) se afirmó que la exigencia de la subsidiariedad se anuda en una cláusula de exclusión, y en otra de procedencia transitoria; esta última atendiendo a las circunstancias del caso en concreto y ligada al concepto de perjuicio irremediable: “De acuerdo con lo anterior, a la

exigencia de subsidiariedad se anuda (i) una regla de exclusión de procedencia que ordena declarar la improcedencia de la acción cuando el ordenamiento ha previsto un medio judicial para defenderse de una agresión iusfundamental. Esa regla se exceptúa en virtud de (ii) la regla de procedencia transitoria que exige admitir la acción de tutela cuando, a pesar de existir tales medios judiciales, ella tiene por objeto evitar un perjuicio irremediable. De lo dicho se sigue que el juez de tutela debe resolver dos cuestiones para definir la procedencia de la acción de tutela: en primer lugar, ¿cuándo existe un medio judicial idóneo que impida la procedencia del amparo? Y, en segundo lugar, ¿cuándo se configura un perjuicio irremediable que, a pesar de la existencia del otro medio, haga posible la procedencia transitoria del amparo?”.

[59] Ver la sentencia C-543 de 1992 (MP. José Gregorio Hernández Galindo) en la que la Sala Plena declaró la inexequibilidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban la caducidad de la tutela cuando era interpuesta contra providencias judiciales. Asimismo, se puede ver la sentencia T-288 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), donde se pusieron de presente los deberes del juez de tutela en relación con el principio de inmediatez a la luz de unas presuntas vías de hecho en las que supuestamente habían incurrido dos (2) autoridades judiciales en el marco de un proceso ejecutivo hipotecario. Sobre el requisito de inmediatez, en general, se pueden consultar las Sentencias T-1110 de 2005 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-158 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-662 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-429 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-998 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), SU-158 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa) y T-521 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo), entre muchas otras. Allí la Sala Plena y las diferentes Salas de Revisión hicieron alusión a estas situaciones excepcionales al abordar la procedibilidad de acciones de tutela mediante las cuales se pretendía obtener acceso a una defensa técnica, a un recalcule del monto base de la pensión, a la indemnización por daños y perjuicios, a la sustitución pensional, a la pensión de sobrevivientes y a la pensión de invalidez.

[60] Ver sentencias T-719 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-953 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-1042 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-167 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez),

T-352 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-225 de 2012 (MP. Humberto Sierra Porto), T-206 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-269 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa), entre otras.

[61] Ver sentencias T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), T-719 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-972 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-1088 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-953 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-167 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-202 de 2012 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-206 de 2013 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

[62] Ver sentencias T-318 de 2016 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-251 de 2015 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-347 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa), T-318 de 2016 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-304 de 2016 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-295 de 2016 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-278 de 2016 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-195 de 2016 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-194 de 2016 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-164 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo).

[63] Sentencia T 351 de 2006 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

[64] Al respecto, en la sentencia T-308 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo), en la que se estudió un caso en el que el fondo de pensiones negó la prestación por invalidez a una persona que sufría de una enfermedad crónica, congénita o degenerativa desde el nacimiento y contaba con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 72,75%, se afirmó en relación con la decisión de los jueces de instancia de declarar su improcedencia, que: ““es evidente la relación entre la calificación de pérdida de capacidad para laborar en un porcentaje del 72,65% y la imposibilidad de continuar trabajando, no entiende la Sala como el juez de instancia considera que no se afecta el mínimo vital de una persona que dependiendo únicamente de sus ingresos laborales no puede seguir trabajando como consecuencia de una invalidez.”

[65] Ver folios 40 a 45.

[66] Acta de audiencia de conciliación Núm. 324-2012 expedida por el Instituto de Bienestar Familiar ICBF, Defensoría C. Z. Soacha del 21 de noviembre de 2012 en la cual se estableció, entre otras cosas la custodia del niño Kevin Stiven Marín Bonilla está en cabeza de la señora Luz Nancy Bonilla Lozada. Folios 8 a 11.

[68] Entendida a partir de una concepción kantiana como la posibilidad de adoptar y desarrollar libremente y en ejercicio de la autonomía un plan de vida. En la sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se sostuvo: “(...) Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”

[69] El enfoque de este acápite está dirigido, por el objeto del asunto a abordar, a la pensión de invalidez como consecuencia de un accidente de naturaleza laboral.

[70] En el año 1944, que se integró al documento de constitución de la OIT.

[71] En la Conferencia que se llevó acabo en el año 1944, y que se refirió a la organización de un seguro obligatorio fundado en cotizaciones.

[72] Relativo a la norma mínima de seguridad social, 1952.

[73] Sobre la vinculación de los convenios del trabajo de la OIT, atendiendo lo dispuesto en los artículos 53 y 93, la Corporación efectuó pronunciamiento en la Sentencia C-401 de 2005, afirmando su incorporación al ordenamiento de manera diferenciada, de si aborda un asunto que tenga que ver con derechos fundamentales o no (MP Manuel José Cepeda Espinosa, AV Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño). Al respecto: “17. De la exposición anterior se puede deducir que la jurisprudencia de la

Corte Constitucional acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucionalidad. Así, en un primer momento se enfatizó que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna – en armonía con lo establecido en el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución. Luego, varias sentencias empezaron a señalar que varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y, posteriormente, se hizo una distinción entre ellos para señalar que algunos pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros al bloque de constitucionalidad en sentido lato. //No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.”. Y agregó: “20. En conclusión, es preciso distinguir entre los convenios de la OIT, puesto que si bien todos los que han sido “debidamente ratificados” por Colombia, “hacen parte de la legislación interna” (C.P.; art. 53, inciso cuarto) -es decir, son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno- no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad (C.P., art. 93), en razón a que algunos no reconocen ni regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole no constitucional. Igualmente, es claro que algunos convenios deben necesariamente formar parte del bloque de constitucionalidad, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral. Adicionalmente, la Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (C.P. art. 93, inciso 2), en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53). Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto (C.P., art.93, inciso 1), como también lo ha realizado en sentencias anteriores.”. Sin embargo, es

de aclarar que el Convenio referido, 102, no ha sido suscrito por Colombia.

[74] En esta Carta el artículo 45, literal h) se refiere al desarrollo de una política eficiente de seguridad social, y el artículo 46 de la legislación sobre la protección de la seguridad social.

[75] En virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta, tanto los tratados y convenios referidos, en el orden internacional y regional, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

[76] Inicialmente, empero, la protección se logró por dos vías: conexidad con un derecho de protección inmediata, T-495 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1014 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-354 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil), y T-338 de 2004 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), o cuando de por medio estaba un sujeto de especial protección (SU-062 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), T-429 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-020 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).

[77] Sobre este avance ver, entre otras, las sentencias C-1141 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto. SV Jaime Araujo Rentería), T-707 de 2009 (MP. Juan Carlos Henao Pérez (unánime), C-397 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (unánime) y C-504 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (unánime).

[78] Aprobada mediante la Ley 762 de 2002.

[79] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009.

[80] Las referidas convenciones, incorporadas al ordenamiento mediante los mecanismos formalmente previstos, hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al efecto, ver la Sentencia C-458 de 2015 MP Gloria Stella Ortiz, SV Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[81] Normativa proferida en virtud de las facultades conferidas al Gobierno Nacional en el artículo 139 numeral 11 de la Ley 100 de 1993.

[82] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[83] En la referida providencia se advirtió: “El accionante presenta una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 72.15% a raíz de un disparo con arma de fuego del que fue víctima mientras conducía un vehículo de la empresa de transporte Transpubenza, con la que su empleadora, la Fundación para el Desarrollo Integral del Transportador –FUDEINTRA-, suscribió un convenio interadministrativo para la prestación de servicios de transportes.”.

[84] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[85] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[86] MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[87] Ver contrato a folios 19 a 21 del expediente.

[88] Ver folios 40 a 45.

[89] Folios 83 a 86.

[90] Ver folio 45 del expediente.

[91] Ver planilla integrada de autoliquidación de aportes detallada del empleador Serviempresa Mayerjun LTDA,

[92] Ver folios Historia Laboral Consolidada de José Baldomero Jansasoy.

[93] Ver folio 40.

[94] Ver folio 46.

[95] Ver folios 20 y 21 del cuaderno principal.

[96] En la sentencia T-339 de 2016, la Sala Tercera de Revisión ante la mora de un empleador de efectuar cotizaciones al sistema de riesgos profesionales y la negativa del reconocimiento de prestaciones por la ARL con fundamento en tal situación, afirmó: “37. En suma, de lo anterior es dado concluir que (i) el Sistema General de Riesgos Laborales tiene como objeto proteger al trabajador de los riesgos que representa su actividad laboral, para lo cual la administradora de riesgos laborales deberá reconocer las prestaciones

asistenciales y económicas que el trabajador requiera; (ii) las prestaciones deben ser reconocidas por la ARL independientemente de cualquier controversia sobre la responsabilidad en la afiliación o en la ocurrencia del accidente de trabajo, puesto que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva en el que el trabajador no debe soportar las consecuencias de un incumplimiento por parte de su empleador; (iii) la desafiliación a la ARL no puede ser arbitraria y debe ser consecuencia de la terminación de la relación laboral, ya que, desafiliar a un trabajador mientras subsiste la relación laboral vulnera el principio de confianza legítima, y al trabajador se le debe garantizar el derecho a la continuidad en la seguridad social; y (iv) la ARL en caso de controversia podrá repetir contra el empleador incumplido, para obtener el reembolso de los recursos que tuvo que pagar por su causa.”.

[97] En la sentencia T-418 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), la Corte señaló que: “en un caso como el presente, el juez de tutela no es el encargado de establecer definitivamente quien debe pagar la pensión del actor. Lo que debe hacer es ordenar a la(s) entidad(es) que en principio parezca(n) tener a su cargo la obligación, así como capacidad de pago de la misma, que asuma(n) transitoriamente el pago. En este caso la tutela se concede de manera transitoria a cargo de una determinada entidad. Posteriormente es esta entidad – y no el beneficiario de la pensión –, quien debe activar los mecanismos ordinarios de defensa, en el caso en el cual considere que no es responsable del respectivo pago. En todo caso, lo que no puede resultar vulnerado en ningún momento es el derecho del actor a su mesada pensional.”

[98] “En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.”.

[99] Artículo 23 inciso 3º del Decreto 2591 de 1991: “En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto”.