

Sentencia T-896/13

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

Cuando se trata de tutelar los derechos de los niños, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la agencia oficiosa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 44, y por tanto: “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente la protección o el ejercicio pleno de los derechos del menor. Es decir, en estos casos no impera el rigorismo procesal establecido en el inciso 2o. del art. 10 del decreto 2591 de 1991, antes citado, en cuanto impone al agente oficioso manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa”. Cuando se hace referencia al término “cualquier persona” debe entenderse en el sentido literal de la palabra, es decir en el entendido de que el agente oficioso puede no tener ningún tipo de relación filial o jurídica con el menor agenciado para que sea viable la procedencia de la acción, esto en razón a que la necesidad de dar prevalencia a los derechos de los niños, determina que la informalidad de la tutela adquiera mayor preeminencia cuando se trate de amparar las garantías constitucionales de estos, cuando quiera que exista una vulneración u amenaza por parte de una autoridad pública o de un particular. Lo anterior debido a la evidente indefensión en la que se encuentran los menores de edad, los cuales en la mayoría de las veces no están en condiciones de interponer el amparo por sí mismos.

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

Si el juez de tutela evidencia una situación en la cual no es clara la configuración de la agencia oficiosa, o su inexistencia, tiene el deber de utilizar sus poderes oficiosos para despejar cualquier incertidumbre al respecto. Esto en virtud a que en el modelo constitucional que diseñó el constituyente del 91, el juez de amparo es una pieza esencial en el engranaje del Estado Social de Derecho y, específicamente en lo que toca a la

efectividad de los derechos constitucionales, por lo cual su actividad debe ser preponderante para determinar las circunstancias mediante la cual actúa un determinado peticionario.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Requisitos para que se configure

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección/ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional para obtener el pago cuando hay perjuicio irremediable

La jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden pensional, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa. No obstante, de manera excepcional, "se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto; cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales". Sin embargo, excepcionalmente cuando la pensión adquiere relevancia constitucional por estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio de esta acción, para evitar un perjuicio irremediable.

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

El derecho a la seguridad social debe ser entendido como una herramienta indispensable para lograr el pleno goce y ejercicio de las garantías constitucionales que fueron previstas por el constituyente en la Carta de 1991. Su consagración como derecho fundamental garantiza su interrelación con otras prerrogativas que surgen del concepto de dignidad humana, y es debido a esa particular característica que hoy en día ha adquirido el carácter de derecho fundamental, lo cual significa que en determinados supuestos la prevalencia de esta garantía debe estar por encima de cualquier consideración de orden técnico, administrativo o financiero.

PENSION DE INVALIDEZ COMO PARTE INTEGRAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y COMO MATERIALIZACION DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

SEGURIDAD SOCIAL-Evolución histórica y conceptual/SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Armonía plena con el conjunto de valores, principios y reglas

Una de las más importantes herramientas con las que cuenta el estado para cumplir con sus fines, es la intervención en la seguridad social dentro de los límites que fija la propia Constitución y la libertad de empresa, los cuales deben estar en concordancia con los objetivos legítimos que facultan su intrusión en la economía. El estado tiene el deber de estructurar los modelos de vigilancia y control de tal forma que este predique por la corrección de la distribución inequitativa de los recursos económicos y la escasez de oportunidades, la promoción del empleo, el desarrollo de la seguridad social y, en términos generales, la corrección de las fallas del mercado y la promoción de un desarrollo económico y social justo. Razón por la cual las entidades que en virtud de la ley 100 de 1993 administran recursos y toman decisiones que afectan los derechos de los usuarios deben estar inspiradas por los principios rectores del Estado Social de Derecho en su actividad diaria.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Alcance/PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Jurisprudencia constitucional

PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIO DE BUENA FE-Aplicación de buena fe cuando las AFP desconocen los aportes realizados mientras se realiza el dictamen de pérdida de capacidad laboral

PENSION DE INVALIDEZ-Orden a AFP contabilizar semanas cotizadas entre la fecha de estructuración y fecha de calificación de la invalidez para determinar reconocimiento

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y SU ESPECIAL PROTECCION POR PARTE DE LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO-Reiteración de jurisprudencia

Para esta Sala es evidente que debido a la especial protección que reconoce la Constitución y diversos tratados internacionales que garantizan los derechos a la infancia en condiciones

integras, actualmente los niños y niñas cuentan con una exaltación jurídica que no puede ser desconocida por ninguna autoridad pública o particular, ya que dado el interés general que recae sobre ellos, se hace incondicional e ineludible el deber del Estado y de la sociedad de actuar de manera inmediata siempre que la infancia se halle en estado de necesidad.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Agente oficioso en representación de persona en estado vegetativo

PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN-Requisitos

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución legislativa y régimen aplicable

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a AFP reconozca en forma definitiva pensión de invalidez de persona en estado vegetativo con hijo menor de edad

Referencia: expediente T-3.994.154

Acción de tutela interpuesta por Francisco Luis Rodríguez Torres en calidad de agente oficioso de Ruby Amparo Cárdenas y Luis Eduardo Cárdenas, contra el Fondo Privado de Pensiones PORVENIR.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB y, quien la preside, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido en el asunto de la referencia por el

Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá el que a su vez confirmó la sentencia del Juzgado 1º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de esa misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

El señor Francisco Luis Rodríguez Torres en calidad de agente oficioso de Ruby Amparo Cárdenas y Luis Eduardo Cárdenas, interpuso acción de tutela en contra del fondo privado de pensiones PORVENIR, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social de sus agenciados, según los siguientes:

1. Hechos.

1.1. La señora Ruby Amparo Cárdenas se vinculó a la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO, el 7 de mayo de 2009.

1.2. El 4 de noviembre de ese mismo año dio a luz a su hijo Luis Eduardo Cárdenas en la clínica de SALUDCOOP LLANOS en la ciudad de Villavicencio.

1.3. Días después sufrió un ataque que la dejó en estado vegetativo, específicamente le sobrellevó una “cuadriplejia por hemorragia subaracnoidea y eclampsia, infartos cerebrales con secuelas dadas por alteración del lenguaje, alteración en entendimiento de órdenes de hemiparecia derecho”, lo cual generó la pérdida de las funciones en sus extremidades y una afectación corporal que no le permite comprender las más elementales cuestiones que la rodean. Por lo anterior y según su historia médica debe “permanecer siempre bajo el cuidado de una persona que realice todas sus actividades básicas de auto cuidado, no contesta preguntas, no entiende, no se conecta, alimentación por una sonda nasogástrica, no controla esfínteres”.

1.4. Producto de este acontecimiento la señora Cárdenas fue sometida a calificación de invalidez para determinar el porcentaje de disminución laboral, con el fin de solicitar la pensión correspondiente.

1.5. La entidad Seguros de Vida ALFA S.A., mediante dictamen del 27 de agosto de 2010, determinó una pérdida de capacidad laboral del 78.75%, estructurándose el día 18 de noviembre de 2009.

1.6. Con base en dicha calificación se solicitó ante la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR el reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad de origen común.

1.7. Sin embargo, la A.F.P. PORVENIR negó dicha petición argumentando que la señora Ruby Amparo Cárdenas no cumplía con los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión, ya que no tenía 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante del mismo.

1.8. La señora Ruby Amparo empezó a aportar al sistema de pensiones desde mayo de 2009, hasta el día de su accidente, y pensiones PORVENIR ha recibido los aportes del empleador continuamente hasta la fecha de la interposición de la presente tutela.

1.9. Ruby Amparo Cárdenas no cuenta con familia ni cónyuge o compañero permanente que pueda garantizar su congrua subsistencia, ni la de su hijo por lo cual el pequeño Luis Eduardo Cárdenas actualmente es cuidado por una vecina, la cual no cuenta con los medios económicos para atender las necesidades del mismo en un futuro mediato. Así mismo, de conformidad con la historia clínica se puede establecer que la peticionaria “está en un hogar de paso, albergue en Villavicencio sin familiares o acudientes”[1] y “esporádicamente recibe visitas de una amiga[2]”.

1.10. Por la situación anteriormente referida, el señor Francisco Luis Rodríguez Torres en calidad de representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO actuando como agente oficioso, presentó acción de tutela solicitando que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social de sus agenciados, y en consecuencia se ordene a la A.F.P. PORVENIR que en el término de 48 horas reconozca y pague la pensión de invalidez a la señora Ruby Amparo Cárdenas.

2. Actuaciones del juez de primera instancia.

Mediante auto de fecha 30 de agosto de 2012, el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá decidió: (i) admitir la acción de tutela; (ii) notificar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR del trámite en su contra; (iii) oficiar a la EPS SALUDCOOP para que allegara la copia de la historia clínica de la señora Ruby Amparo Cárdenas y (iv) vinculó al proceso a Seguros de Vida ALFA S.A., y a la

Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO.

2.1 Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. A través de oficio 2410 del 5 de septiembre de 2012, la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR manifestó que la señora Ruby Amparo Cárdenas a pesar de cumplir con el grado de discapacidad, no satisface el requisito de aportes al sistema, ya que solo cotizó 27.43 semanas antes de la estructuración de la invalidez, mientras que la ley establece un mínimo de 50 en los tres años anteriores.

Igualmente consideró que la tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar la prestación solicitada, ya que existen otros medios de defensa judicial, por lo cual solicita que se declare improcedente la acción.

2.2. La Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO mediante escrito del 5 de septiembre de 2012, allegó copias de las planillas de pago al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

2.3. Mediante escrito del 7 de septiembre de 2012, el apoderado de Seguros de Vida ALFA S.A. indicó que debía ser desvinculado del trámite tutelar, toda vez que su función era única y exclusivamente la de calificar la pérdida de la capacidad laboral, y no la de conceder o pagar la prestación solicitada.

Así mismo la entidad vinculada manifestó que previamente el Juzgado Quinto Penal Municipal de Villavicencio en el mes de agosto, ya había conocido de una acción de amparo cuyas pretensiones eran las mismas, por lo cual se presentaba el fenómeno de temeridad.

2.4. La EPS SALUDCOOP allegó la prueba solicitada por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mediante cuaderno de anexo del historial clínico de la paciente Ruby Amparo Cárdenas. En este se evidencian los siguientes episodios médicos:

“Se trata de una paciente de 37 años a quien el día 4 de noviembre de 2009 se le realiza

cesárea por gestación de 40.5 semanas por cesárea sin complicaciones, el día 12 de noviembre de 2009, consulta al médico de urgencias llevada por familiar por presentar cuadro de reciente inicio de sialorrea, movimientos anormales de extremidades, desviación de la mirada con posterior sincope. Es valorada por servicio de neurología quien considera paciente con antecedente de pop de cesárea hace 1 semana, crisis convulsiva tónico clónica generada, sin conexión con el medio, sin respuesta verbal, rnm informa hemorragia subaracnoidea mas infartos corticales múltiples[3]”.

“Cuadriplejia por hemorragia subaracnoidea y eclampsia, no hay función en las extremidades, no sostiene la cabeza, equilibrio sentada muy pobre, no tiene lenguaje y no se comunica con el ambiente, esta paciente no tiene posibilidades de recuperación, para su cuidado necesita de una persona que la cuide[4]”.

“Paciente presento crisis secundaria hace 2 años perdiendo el habla y la movilidad actualmente no puede contener esfínteres por lo que está presentando dermatitis en el pañal.[5] Se encuentra con afasia mixta de predominio sensitivo no realiza seguimiento visual, no obedece ni entiende ordenes, se considera que la paciente no tiene la mínima capacidad para su autocuidado por lo que debe permanecer siempre bajo el cuidado de una persona que realice todas sus actividades básicas de autocuidado, alimentación por sonda nasogasstrica no controla esfínteres[6]”.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Fotocopia del informe que determina la pérdida de capacidad laboral de la señora Ruby Amparo Cárdenas en un 78.75%, expedido por Seguros de Vida ALFA S.A. (folios 76 y 77, cuaderno 1).

Copia del reporte de semanas cotizadas, librado por la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR (folios 11 al 17, cuaderno 1).

Fotocopia de la historia clínica y evolución médica de la señora Ruby Amparo Cárdenas (folios 1 al 446, cuaderno 3 - anexos).

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2012, resolvió no conceder la acción de tutela en razón a que: (i) la negativa en reconocer la pensión de invalidez se encuentra sustentada en la correcta aplicación de las normas que regulan la materia y (ii) debido a que las pretensiones que se persiguen así como los hechos expuestos en la misma fueron objeto de pronunciamiento por otro juez constitucional.

Así mismo ese despacho consideró que: “se entiende que las decisiones adoptadas se encuentran ajustadas a derecho, además que si la parte actora no compartía esa decisión, podría haber impugnado ese fallo, sin embargo no obra prueba de ello” .

2. Impugnación

Contra la mencionada decisión Francisco Luis Rodríguez en el término legal interpuso la impugnación manifestando que, el juez de instancia desconoció que el hijo de la señora Ruby Amparo Cárdenas es un ser indefenso que actualmente se encuentra al cuidado de una vecina, por lo cual requiere de especial protección constitucional.

Así mismo aseveró que la AFP accionada desconoció las semanas de cotización que fueron canceladas desde el momento en que se presentó el accidente cerebral hasta que fue expedido el dictamen médico, razón por la cual afirma que existiría un enriquecimiento sin justa causa por parte de PORVENIR.

3. Decisión de segunda instancia

El Juzgado Tercero Laboral de Bogotá mediante providencia del 11 de diciembre de 2012, confirmó la decisión del a quo sobre la imposibilidad de reconocer la pensión de invalidez de la señora Ruby Amparo Cárdenas debido a la falta de cumplimiento de los requisitos legales contenidos en la ley 100 de 1993.

Sobre la legitimación del señor Francisco Luis Rodríguez estableció que “no puede desconocerse que al agente oficioso mas allá de una motivación de bondad y altruismo lo mueve una efectiva consideración de librarse de su condición de empleador de la señora Cárdenas, (...) sin embargo, la órbita de protección desborda el cumplimiento de sus obligaciones legales”. Igualmente determinó que el agente oficioso no actuó con el

consentimiento de la señora Ruby Amparo Cárdenas, ni demostró haber iniciado un procedimiento para que alguien obtuviese la legítima curaduría de la paciente y la de su hijo.

Finalmente dictó las siguientes órdenes: “oficiar a la Procuraduría General de la Nación, de Villavicencio Seccional Meta, para que dadas las consideraciones expuestas en el presente fallo inicie los trámites y procedimientos correspondientes para la declaratoria de interdicción y designación de curaduría de la señora Ruby Amparo Cárdenas”. Igualmente y en relación a la protección del hijo de la agenciada determinó: “el instituto colombiano de bienestar familiar, regional Villavicencio, seccional meta, debe iniciar los trámites y procedimientos correspondientes para el restablecimiento de derechos del menor Luis Eduardo Cárdenas, a fin de obtener una evaluación de condiciones actuales y la designación de guarda legal”.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Descripción de la situación

En el caso bajo estudio se agencian los derechos de la señora Ruby Amparo Cárdenas quién intempestivamente ve truncado su proyecto de vida y el de su hijo al haber sufrido un infarto cerebral en la clínica Llanos en la ciudad de Villavicencio, inmediatamente después de haber dado a luz al menor de edad Luis Eduardo Cárdenas. Con estos antecedentes, el agente oficioso acude al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., por ser la entidad a la cual se encontraba afiliada en calidad de cotizante la señora Ruby Amparo, con el fin de solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Esta es negada, bajo el argumento de no cumplir con las 50 semanas de cotización exigidas en los últimos 3 años al momento de presentarse el accidente cerebrovascular.

Ante esta situación, el señor Francisco Luis Rodríguez Torres en calidad de representante

legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO, antiguo empleador de la señora Ruby Amparo Cárdenas presentó acción de tutela solicitando que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social, de sus agenciados, y en consecuencia se ordene al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. conceder la pensión de invalidez, ya que desde el momento en que la Cooperativa de Trabajo contrató a la señora Ruby Amparo, hasta la fecha en que se expidió la calificación de invalidez fueron cotizadas al sistema más de 50 semanas.

Con base en los elementos fácticos descritos, encuentra la Sala que el problema jurídico consiste en determinar si se vulneraron las garantías fundamentales de Ruby Amparo Cárdenas y de su hijo Luis Eduardo Cárdenas a la luz de los principios que inspiran el Estado social de derecho, debido a que el fondo de pensiones PORVENIR negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, al contabilizar solo los aportes realizados desde el momento de la vinculación a la Cooperativa SIPRO hasta el día del parto de la agenciada, desconociendo que durante el lapso en que se realizó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la obligación de cotizar seguía vigente, por ello dichas semanas deben ser tenidas en cuenta.

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte abordará los siguientes temas: (i) la legitimación en la causa cuando la tutela es presentada por un agente oficioso; (ii) requisitos para que se estructure la temeridad en la tutela; (iii) procedencia de la acción de amparo para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez; (iv) el derecho a la seguridad social como derecho fundamental; (v) la seguridad social como desarrollo integral del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad; (vi) la aplicación del principio de buena fe cuando las AFP desconocen los aportes realizados mientras se estructura el dictamen de pérdida de invalidez; (vii) la prevalencia del interés superior del menor de edad, y (viii) por último se studiara el caso concreto.

4. Legitimación en la causa cuando la tutela es presentada por un agente oficioso.

El artículo 86 de la Constitución establece la facultad que tiene “toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados”. En el mismo

sentido el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 contempló la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando “el titular de los mismos no está en condiciones de promover su propia defensa”.

En este orden de ideas, las posibilidades de acreditar la legitimación en la causa por activa en la acción e tutela es: (i) la del ejercicio directo de la acción, (ii) la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), (iii) la de su ejercicio por medio de apoderado judicial, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso[7].

En relación con la legitimación en la causa mediante la utilización de la agencia oficiosa la jurisprudencia de esta corporación ha reiterado la correlación existente entre la petición de protección de derechos ajenos y la demostración de las condiciones fácticas en el escrito de tutela que evidencia la imposibilidad del agenciado de actuar por sí mismo. Sobre el particular este tribunal en sentencia T-614 de 2012, determinó:

“En virtud de la figura de la agencia oficiosa es posible que un tercero represente al titular de un derecho, en razón de la imposibilidad de éste para llevar a cabo su propia defensa. De esta manera, el agente oficioso carece, en principio, de un interés propio en la acción que interpone, toda vez que la vulneración de derechos que se somete al conocimiento del juez sólo está relacionada con intereses individuales del titular de los mencionados derechos.

(...)

En este sentido, la agencia oficiosa se constituye en una institución excepcional, pues requiere que se presente una circunstancia de indefensión e impedimento físico o mental del afectado que le imposibilite recurrir a los mecanismos existentes para buscar por sí mismo la protección de sus derechos”

Así mismo la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-531 de 2002 estableció los elementos necesarios para que opere la figura de la agencia oficiosa en el ejercicio de la acción de amparo. Entre estos se destacan:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La

circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos”.

Ahora bien, cuando se trata de tutelar los derechos de los niños, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la agencia oficiosa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 44, y por tanto: “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente la protección o el ejercicio pleno de los derechos del menor. Es decir, en estos casos no impera el rigorismo procesal establecido en el inciso 2o. del art. 10 del decreto 2591 de 1991, antes citado, en cuanto impone al agente oficioso manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa[8]”. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Cuando se hace referencia al término “cualquier persona” debe entenderse en el sentido literal de la palabra, es decir en el entendido de que el agente oficioso puede no tener ningún tipo de relación filial o jurídica con el menor agenciado para que sea viable la procedencia de la acción, esto en razón a que la necesidad de dar prevalencia a los derechos de los niños, determina que la informalidad de la tutela adquiera mayor preeminencia cuando se trate de amparar las garantías constitucionales de estos, cuando quiera que exista una vulneración u amenaza por parte de una autoridad pública o de un particular. Lo anterior debido a la evidente indefensión en la que se encuentran los menores de edad, los cuales en la mayoría de las veces no están en condiciones de interponer el amparo por sí mismos.

Al respecto esta corporación, en sentencia T-540 de 2006 señaló:

“si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños. En consecuencia, tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial

calificación del sujeto que la promueve.”[9]

Igualmente si el juez de tutela evidencia una situación en la cual no es clara la configuración de la agencia oficiosa, o su inexistencia, tiene el deber de utilizar sus poderes oficiosos para despejar cualquier incertidumbre al respecto. Esto en virtud a que en el modelo constitucional que diseñó el constituyente del 91, el juez de amparo es una pieza esencial en el engranaje del Estado Social de Derecho y, específicamente en lo que toca a la efectividad de los derechos constitucionales, por lo cual su actividad debe ser preponderante para determinar las circunstancias mediante la cual actúa un determinado peticionario.

Conforme a lo establecido en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, existe temeridad cuando, “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

Para que se presente el fenómeno jurídico de la temeridad tienen que concurrir los siguientes elementos: (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”[10];(ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a “que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa”[11]; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado[12].

Igualmente, es importante que el análisis de los presupuestos que configuran la temeridad se realice teniendo en cuenta las condiciones que rodean el caso, y no se limite a un estudio netamente formal, ya que el operador judicial al momento de determinar si se deben aplicar los correctivos contemplados en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, debe observar las particularidades presentes en el mismo, así como por ejemplo cuando el fundamento de la nueva acción constitucional se debe a: “(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia[13] o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala

fe[14]; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[15]; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante[16].

Respecto del primer criterio, la Corte en sentencia T-433 de 2006 sostuvo que esta excepción es válida debido a que en determinados supuestos las condiciones extremas de necesidad e ignorancia son superiores a la figura procesal de la temeridad. Sobre el particular expresó:

“las condiciones particulares de los demandantes pueden dar lugar a que se haga uso impropio de la acción de tutela. De tal forma que los requisitos formales de la misma se convierten en una carga desproporcionada para ciertas personas. Así, la situación de algunos sujetos de especial protección constitucional, como también condiciones extremas de necesidad o ignorancia, traen consigo la imposibilidad de una asesoría idónea para hacer buen uso del amparo, o de estructurar una solicitud elaborada y clara ante el juez”.

La Constitución y el Decreto 2591 de 1991 imponen a los administrados la carga de actuar con transparencia y rectitud al momento de emplear todos los medios procesales que la ley ofrece para proteger y hacer efectivos sus derechos. En este sentido la conducta malintencionada, dolosa y temeraria de un sujeto procesal acarrea consecuencias jurídicas desfavorables para sus garantías fundamentales. Al respecto, la Corte ha sostenido en torno a la figura de la temeridad que:

“la temeridad busca que en el curso de una acción de tutela quienes intervengan como demandantes lo hagan con pulcritud y transparencia, resultando descalificada cualquier intención de engaño hacia la autoridad pública. Pese al carácter informal de la tutela, la misma está determinada por la imposibilidad de presentar la misma acción de amparo en varias oportunidades y ante distintos jueces o tribunales. Los límites impuestos por la normativa se justifican ya que buscan el buen funcionamiento de la administración de justicia, la salvaguarda de la cosa juzgada y del principio de seguridad jurídica, no siendo permitido el uso inescrupuloso o abusivo del exclusivo mecanismo constitucional so pena de las sanciones sustantivas y personales de cada caso concreto”.

En este sentido, el estudio de la existencia de la temeridad debe partir de la premisa de la buena fe de los particulares en sus actuaciones ante la administración de justicia, esto quiere decir que se debe hacer un examen minucioso sobre la procedencia de esta institución jurídica, para así evitar cualquier otra vulneración de derechos[17].

Este tribunal ha establecido también algunos eventos en los cuales a pesar de la probable identidad entre las acciones, es procedente realizar un estudio a fondo sobre los hechos. Así, en la sentencia T-919 de 2004 se determinó que:

“Tratándose de personas en estado de especial vulnerabilidad, no es procedente negar la tutela por temeridad, a pesar de que se observe una identidad de partes, hechos y pretensiones, cuando el juez advierta que, no obstante la interposición de una o varias acciones anteriormente, los derechos fundamentales de los peticionarios continúan siendo vulnerados. Esta situación, en consecuencia, constituye otra causal que justifica la interposición de una nueva acción de tutela.”

Igualmente en la sentencia T-721 de 2003 se sostuvo que: “cuando el presunto infractor del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es una persona en estado de especial vulnerabilidad e indefensión, como lo están los afectados por desplazamiento forzado, en especial los niños, las mujeres y los ancianos, el Juez constitucional deberá ser en extremo cuidadoso antes de negarles la protección constitucional, cuando advierte que sus derechos constitucionales están siendo conculcados, porque su proceder podría dejar a los afectados desprovistos de amparo”.

Así mismo, el uso inadecuado de la acción de tutela del cual se deriva la interposición simultánea o repetida de la misma, puede ser atribuido al asesor jurídico y no al ciudadano que reclama la protección de sus derechos fundamentales. En este sentido, no es acertado declarar la temeridad pues el apoderado judicial o el agente oficioso es el que tiene la carga del manejo técnico de los mecanismos judiciales y no el ciudadano o el extranjero, quien al margen de esto tiene derecho a que se le protejan sus garantías constitucionales[18].

6. Procedencia de la acción de amparo para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86

de la Constitución, al precisarse en él que: “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Respecto al anterior mandato, este tribunal ha manifestado que la procedencia subsidiaria de la acción de tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales: “buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también asegurando el principio de seguridad jurídica”.[19]

Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-480 de 2011:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior”

La edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quién reclama el amparo constitucional son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta a través de los mecanismos ordinarios, o si, en realidad, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración fundamental denunciada se prolongara de manera injustificada[20].

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general, la tutela es el último mecanismo de defensa al que puede acudir un afectado,

ya que solo después de ejercer infructuosamente todos los medios ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos, es procedente la acción.

En aplicación de dicho mandato, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden pensional, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa. No obstante, de manera excepcional, “se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto; cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales[21]”

Igualmente, este tribunal ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela a pesar de existir vías judiciales alternas, como cuando “se ve afectado el mínimo vital o las condiciones físicas del peticionario permiten deducir que se encuentra en un especial estado de indefensión y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable”[22].

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta corporación expresó en sentencia T-569 de 2011 que:

“Es deber del juez de tutela es examinar si la controversia puesta a su consideración: (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados.”

Sin embargo, excepcionalmente cuando la pensión adquiere relevancia constitucional por estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida,

la integridad física, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio de esta acción, para evitar un perjuicio irremediable.[23] En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-066 de 2009, en la cual se establecieron los requisitos que debía cumplir la solicitud de amparo para que el juez pudiese conceder la protección de derechos:

“Solo en determinados casos, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de una pensión, caso en el cual el juez, previa ponderación de los hechos y las circunstancias especiales del caso concreto, deberá verificar ciertos requisitos: (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección; (ii) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iii) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados o amenazados.”

En este orden de ideas, el derecho a la pensión de invalidez en excepcionalísimos casos puede ser exigido a través de la acción de tutela, cuando se está en presencia de sujetos que por haber perdido parte considerable de su capacidad de trabajo, no pueden acceder al mercado laboral para obtener su congrua subsistencia, de modo que dicha prestación se convierte en la única y exclusiva fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. Sobre este aspecto la sentencia T-456 de 2004 determinó lo siguiente:

“debemos recordar que la misma jurisprudencia constitucional ha señalado que no resulta aceptable someter a las personas con una particular condición de vulnerabilidad, al agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasegar judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales, pues de someterlas a dichos trámites se podría llegar a comprometer hasta su propia dignidad.”

En desarrollo de lo anterior, podría concluirse que el juez de tutela debe observar en el

asunto específico si se reúnen los requisitos planteados por la jurisprudencia para que proceda la acción de tutela como mecanismo tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, y no debe aplicar mecánicamente la fórmula de la improcedencia, en especial si en ella concurren sujetos de especial protección constitucional.

7. El derecho a la seguridad social como derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia.

7.1. El artículo 48 de la constitución establece: “la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura”.

Ahora bien, la consagración de la seguridad social como derecho fundamental en los primeros años de jurisprudencia de este tribunal tuvo un desarrollo discutible, ya que imperó tímidamente la tesis que repudiaba la fundamentalidad de esta garantía de manera autónoma. En este sentido la sentencia T-406 de 1992 expuso:

“Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una textura abierta, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales

(...)

La aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción; sólo en estos casos, el Juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una protección inmediata del derecho fundamental, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso

concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho”[24].

Así las cosas, en aquél momento se estimaba que los derechos fundamentales pertenecían al rango de los de primera generación, categoría compuesta por mandatos como la libertad, la integridad física y la prohibición de pena de muerte, a esa clasificación escapaban los derechos sociales, económicos y culturales, que integraban el grupo de los de segunda generación. Para su efectividad se asumían previstos los mecanismos legislativos y ejecutivos, mientras que la materialización de los derechos de primera era labor exclusiva de la rama judicial del poder público[25].

En un primer momento, esta corporación optó por una diferenciación doctrinal e histórica entre derechos civiles de abstención y los derechos económicos y sociales, de carácter prestacional o de segunda generación, perspectiva según la cual “los primeros solo implican la obligación de no interferencia por parte del Estado, así que su cumplimiento (y su exigencia judicial) es inmediato; los segundos, en cambio, requieren de prestaciones positivas, por lo que no son exigibles por vía judicial de forma inmediata, debido a (i) la necesidad de desarrollo legislativo y regulación administrativa, especialmente cuando se garantizan a partir de la prestación de un servicio público; y (ii) el hecho de que los recursos del Estado son limitados”[26].

No obstante, en atención al dinamismo de la jurisprudencia constitucional, paulatinamente se fue desdibujando esa distinción tajante entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales, todo ello en virtud a la tesis de conexidad, la cual fue referida en torno a la seguridad social de la siguiente manera:

“El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (CP art. 46 inc. 2), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP art. 11), la dignidad humana (CP art. 1), la integridad física y moral (CP art. 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) de las personas de la tercera edad (CP art. 46)

(...)

En el presente caso se ha irrogado un perjuicio al señor HERNANDO BLANCO ANGARITA como consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales de petición y a la seguridad social, en conexión con el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, así como, con la obligación de protección y asistencia de las personas de la tercera edad, que corresponde al Estado en concurrencia con la familia y la sociedad”[27].

Sin embargo, actualmente la jurisprudencia ha abandonado la tesis de la nominación de derechos basándose en el lugar que el constituyente les reservó en la Carta, o de su desarrollo histórico delimitado en la teoría histórica de las generaciones de los derechos. Esta nueva postura afirma que “los derechos fundamentales están dotados de ese carácter por su identidad con valores y principios del Estado Social de Derecho, más no por su positivización o la designación expresa del legislador. Por tanto, ningún derecho erigido dentro de este marco podrá ser privado de ese talante”[28].

Sobre el particular se ha dicho que: “la fundamentalidad de los derechos no depende - ni puede depender - de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [29]

Esta corporación ya ha estudiado en diversas oportunidades la naturaleza de uno de los DESC que mayor relevancia ha adquirido, específicamente en torno al carácter fundamental del derecho a la seguridad social ha manifestado lo siguiente:

“Los elementos que componen el derecho a la seguridad social imponen al Estado colombiano obligaciones básicas de efecto inmediato. Tal previsión se fundamenta en el reconocimiento de la seguridad social como elemento inescindible de la dignidad humana y como medio para el ejercicio de los demás derechos consagrados en el Pacto[30]. Así, en principio, en concordancia con el artículo 2 del Pacto y la Observación General No. 3 del Comité, dada su calidad de derecho humano, el Estado colombiano tiene obligación de (1)

no interferir en el ejercicio del derecho a la seguridad social (obligación de respetar); (2) impedir a terceras personas que interfieran en su ejercicio (obligación de proteger); y (3) adoptar, facilitar, promover y garantizar las medidas necesarias para su efectividad (obligación de cumplir).”[31]

En el mismo sentido se destaca que este tribunal mediante la amplia jurisprudencia constitucional de los últimos años, se ha inclinado por un criterio según el cual la protección de los derechos económicos, sociales y culturales si bien son fundamentales, no siempre resultan exigibles a través de un mecanismo como la acción de tutela. Sobre este aspecto la sentencia T-016 de 2007, expresó lo siguiente:

“Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente – poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica”

Como se advierte, la jurisprudencia constitucional se ha ido apartando, cada vez más de los primeros pronunciamientos que catalogaban la protección de derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela como algo excepcional. Esto sin embargo, no significa que en todas las circunstancias un derecho como el de la seguridad social pueda ser protegido mediante la acción de amparo, ya que su fundamentalidad y su exigencia a través de un mecanismo directo y expedito son dos fenómenos distintos.

7.2. Cabe señalar que el derecho a la seguridad social también tiene obligaciones positivas de prestación que son establecidas en diversos tratados internacionales reconocidos por Colombia los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad. Ejemplo de lo anterior es el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece el deber de los Estados de amparar esta categoría de prestaciones en los siguientes términos:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”

Igualmente, el artículo 26 la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo principio en el ámbito interamericano al afirmar:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, establece que:

“Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”

En razón a los diversos mecanismos de origen internacional, el derecho a la seguridad social ha adquirido el rango de derecho fundamental, puesto que como lo manifiestan los órganos autorizados en la materia como lo es la Organización Internacional del Trabajo, en su Conferencia N° 89 de 2001: “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social[32]”.

En este orden de ideas debe concluirse que el derecho a la seguridad social debe ser

entendido como una herramienta indispensable para lograr el pleno goce y ejercicio de las garantías constitucionales que fueron previstas por el constituyente en la Carta de 1991. Su consagración como derecho fundamental garantiza su interrelación con otras prerrogativas que surgen del concepto de dignidad humana, y es debido a esa particular característica que hoy en día ha adquirido el carácter de derecho fundamental, lo cual significa que en determinados supuestos la prevalencia de esta garantía debe estar por encima de cualquier consideración de orden técnico, administrativo o financiero.

8. La Seguridad Social como desarrollo integral del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad.

Conforme a los precedentes anteriormente descritos puede afirmarse que el derecho a la seguridad social es una verdadera garantía fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad[33]”. Sin embargo, el carácter primordial de este conjunto de prestaciones no puede ser analizado sin observar los efectos jurídicos que de ellasemanan, y cómo estas se interrelacionan no solo con otros derechos fundamentales, sino con la estructura misma del Estado Social de Derecho.

Así las cosas, debe insistirse que cuando una entidad integrante del sistema de seguridad social adopta una determinada decisión, tal como la de conceder o negar una pensión, o la de autorizar o no un determinado procedimiento médico, aquella no solo se supedita a las disposiciones legales contenidas en la ley 100 de 1993, sino a la totalidad de la Carta. Esto debido a que la naturaleza propia de los derechos y prestaciones que nacen del artículo 48 de la Constitución y a la indecidible relación con los principios de universalidad y solidaridad, los cuales afectan de manera directa la totalidad de garantías que integran el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, en razón a que en el actual modelo constitucional, los principios contemplados en los artículos 1º y 95 de la Carta, no solo vinculan activamente al estado sino también a los particulares, los cuales en su condición de garantes de los derechos de los coasociados se encuentran en algunos casos comprometidos a prestar el apoyo y concurrencia de

prestaciones que requieren las personas para alcanzar la efectividad de sus derechos y para colmar las aspiraciones propias de la vida en sociedad.

En desarrollo de esta postura, recientemente en la sentencia C-258 de 2013, la Corte conoció de una demanda de constitucionalidad contra diversas normas que estructuraban el régimen de pensión de los congresistas y altos dignatarios. En dicha providencia determinó que la seguridad social está estructurada fundamentalmente en el principio de solidaridad el cuál “exige al Estado y a toda la sociedad la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. De acuerdo con este principio en concordancia con el de igualdad, el Estado debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de mayor debilidad o vulnerabilidad, y exigir mayores contribuciones y esfuerzos a quienes están en mejor situación”.

El Estado adquirió en materia de seguridad social un papel trascendental pues independientemente de que en diversos supuestos intervengan entidades particulares a la prestación de los servicios, la misma debe ejercerse por estos siempre orientada a obtener un beneficio general donde lo que prima es el bien común. Observa la Corte que la afirmación según la cual la seguridad social “se prestará bajo la dirección y control del Estado”, es concordante con el artículo 344 de la Constitución, que consagra la intervención del Estado en la economía “con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes... y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”.

En desarrollo de lo anterior este tribunal ha manifestado que “en el Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución e irradian todos los ámbitos de su regulación - propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público[34].”

Sin embargo, la seguridad social y los derechos fundamentales han sufrido debido a ciertas

prácticas un menoscabo que amenaza seriamente la efectividad de las prestaciones sociales comprometidas, todo esto debido a fenómenos como la dispersión de intereses en la sociedad capitalista y la consolidación de la política costo-beneficio en el campo de las garantías constitucionales, tal y como la manifestó la Corte desde sus primeras sentencias:

“la dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley[35]”.

Con fundamento en la anterior cita, puede afirmarse que uno de los graves peligros que se ciernen sobre la seguridad social es que esta vuelva a retomar una visión civilista en dónde sus prestaciones dependan única y exclusivamente de la capacidad económica de los afiliados, y en donde se garantice la protección de las contingencias propias de un accidente, la vejez o una enfermedad solo a quienes tienen el patrimonio y la solvencia económica para suscribir algún tipo de seguro que los ampare contra dichos riesgos.

Así las cosas, si bien el sistema de pensión se estructura fundamentalmente en la noción de seguro y por ende en sus orígenes históricos estaba ligado a la esfera netamente privada, hoy en día y bajo la constitución de 1991 los fondos de riesgos profesionales privados y públicos no pueden aplicar en sus consideraciones los mismos estándares contractuales ajustables a las relaciones entre particulares. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia C-086 de 2002 en la cual expuso el carácter solidario del modelo:

“Para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota - prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo

(...)

El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico”

Así mismo y dando mayor alcance a lo referido anteriormente, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha manifestado en torno al origen del sistema de seguridad social en riesgos profesionales que:

“la noción de accidente de trabajo, su protección social y su regulación normativa, aparecen en el mundo jurídico a mediados del siglo XIX. Fue así como, en Alemania entre 1884 y 1885 nace el seguro obligatorio de accidentes, por medio del cual se reconoce el principio de responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo que afectan a su trabajadores, bajo el entendido de que “allá donde está la autoridad, allá también debe estar la responsabilidad”. Posteriormente, esa tesis es acogida en Australia (1887), Inglaterra (1895), Italia y Francia (1898), superándose la de la denominada culpa o responsabilidad contractual, que se refería a que el empleador no estaba obligado a reparar los perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo, salvo que el afectado demostrara que la causa del mismo era imputable a aquél o fuere constitutiva de culpa. [36]”.

En este orden de ideas puede afirmarse que conforme a la evolución histórica de la seguridad social, aquella mutó su naturaleza en la cual primaban las nociones civilistas y contractuales, para pasar a ser un elemento activo en la correcta garantía de los principios y valores que consagra la constitución. Prueba de lo anterior es la consagración expresa de su sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, los cuales no deben ser vistos como los ideales a los que aspira el sistema, sino como verdaderos elementos que garantizan el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en sentencia C-575 de 1992 exaltando uno de los debates que surgieron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, afirmó:

“Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de

la Finalidad Social del Estado. En este sentido es necesario consagrarse en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional. La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica[37]”.

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal ha manifestado en diversas oportunidades que el derecho a la seguridad social se fundamenta en un modelo constitucional y legal que debe garantizar el goce de los derechos constitucionales, los cuales son el eje fundamental que permite avalar que la igualdad que tanto predica la Constitución no sea sólo retórica.

Téngase lo referido en la sentencia T-594 de 2011 en la cual esta corporación determinó lo siguiente:

“se infiere que las autoridades administrativas, especialmente las que manejan los recursos del Sistema Integral de la Seguridad Social, deben obrar diligentemente frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que merecen especial protección por parte del Estado, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del Constituyente de garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales”.

En desarrollo de lo anterior, este tribunal recuerda que respecto a la seguridad social se ha estructurado una teoría fundamentada en un trípode estructurado en el principio de la solidaridad, dignidad y justicia material. Sobre este aspecto desde las primeras sentencias que abordaron el tema se manifestó lo siguiente:

“El artículo primero constitucional funda el Estado colombiano en la solidaridad. Ello es un desarrollo de los conceptos de justicia y democracia participativa, consagrados ambos en el Preámbulo y en el artículo segundo de la Carta. En primer lugar, la expresión de un orden justo aparece tanto en el Preámbulo como en los fines esenciales del Estado. El nexo justicia-solidaridad es evidente, pues en un régimen de carencia de recursos suficientes, como Colombia, una parte de la sociedad civil está llamada a participar en la solución de las

necesidades de los más pobres.

También es manifiesta la relación dignidad-solidaridad. Ellas son, respectivamente, un valor y un principio de los cuales se predica su total compatibilidad. Es gracias a la solidaridad que se puede arribar a la dignidad, si se parte del supuesto de la realidad colombiana, enmarcada en un ámbito de desequilibrios sociales y territoriales. Las solución de las necesidades básicas insatisfechas de importantes sectores de la sociedad colombiana es un compromiso de todos, esto es, del Estado, la sociedad y los particulares (...) Luego la solidaridad es un deber constitucional de todos, que aspira a lograr la materialización de los valores fundantes de la justicia y la dignidad.”[38]

En este sentido, la Constitución Política de 1991 para muchos de los DESC mantuvo el modelo y concepto de servicio público, el cual y debido a sus características propias, en la mayoría de las veces requiere de una correlación de prestaciones y cotizaciones para garantizar sus sostenimiento. Tal y como lo establece la ley 100 de 1993 en el caso de la seguridad social. Pero aún manteniendo el modelo de auto sostenimiento no puede olvidarse que la Constitución lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo. Así las cosas, la naturaleza social del Estado de derecho colombiano conforme a la Sentencia T-505 de 1992 “supone de un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social”.

En concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-228 de 2010, esta corporación afirmó:

“Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.”

El fundamento de cualquier tipo de modelo económico que desarrolle el estado, tal y como es el caso de la seguridad social debe estar fundado en la prevalencia del interés general, la justicia y el principio de solidaridad. Sobre este aspecto la Corte en la Sentencia C-352 de 2009, explicó: “el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”

En este sentido este tribunal mediante sentencia C-250 de 2004 manifestó:

“El Estado social de derecho, fundado en la solidaridad de las personas y en la prevalencia del interés general (CP art. 1), no es concebible por fuera de una conducta social y pública inspirada en una moral activa y solidaria a la cual se subordina la eficacia jurídica cuando ella es flagrantemente desconocida. La norma de la Constitución deliberadamente atrae hacia sí un sinnúmero de acciones públicas y privadas. En realidad, su designio es el de valorizar el elemento ético de la conducta de los sujetos y de los agentes del Estado”.

Para que la seguridad social se convierta en el instrumento que garantice la eficacia del Estado Social de Derecho, se hace necesario que las autoridades al momento de desplegar su actividad, valoren elementos tales como el principio de igualdad, solidaridad, vida digna, justicia y mínimo vital, sobre todo buscando que las normas legales y reglamentarias que desarrollan el derecho a la pensión sean interpretadas conforme a la Constitución, en especial cuando está de por medio la subsistencia de sujetos de especial protección constitucional como es el caso de las personas que padecen alguna limitación física o en los supuestos en los cuales se afecta la subsistencia de infantes.

Así las cosas, una de las más importantes herramientas con las que cuenta el estado para cumplir con sus fines, es la intervención en la seguridad social dentro de los límites que fija la propia Constitución y la libertad de empresa, los cuales deben estar en concordancia con los objetivos legítimos que facultan su intrusión en la economía. El estado tiene el deber de estructurar los modelos de vigilancia y control de tal forma que este predique por la corrección de la distribución inequitativa de los recursos económicos y la escasez de

oportunidades[39], la promoción del empleo[40], el desarrollo de la seguridad social[41] y, en términos generales, la corrección de las fallas del mercado y la promoción de un desarrollo económico y social justo[42]. Razón por la cual las entidades que en virtud de la ley 100 de 1993 administran recursos y toman decisiones que afectan los derechos de los usuarios deben estar inspiradas por los principios rectores del Estado Social de Derecho en su actividad diaria.

9. La aplicación del principio de buena fe cuando las AFP desconocen los aportes realizados mientras se realiza el dictamen de pérdida de capacidad laboral

En el ordenamiento jurídico colombiano el principio de la buena fe está expresamente reconocido en el artículo 83 de la Constitución de 1991. Este establece que: "las actuaciones públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones". Dicho mandato obliga a que todas las relaciones en las que participan particulares y autoridades públicas, estén regidas por los contenidos de probidad, honestidad y lealtad.

En relación a los deberes que surgen de la aplicación del artículo 83 de la C.P, ésta corporación mediante sentencia T-537 de 2009 consideró que:

"el principio de buena fe fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y administración, o en el entendimiento de las relaciones entre particulares se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas".

Dando alcance a lo referido anteriormente, este tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que la buena fe no solo debe ser observada como un elemento que se espera de la parte negociante, contratante o del estado, sino como una máxima interpretativa cuya finalidad propende por integrar el ordenamiento jurídico para lograr la correcta composición del mismo:

"el principio de buena fe se ha definido como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la

buenas fechas presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. (...) la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares.[43]"

Los postulados de la buena fe se diferencian de otras reglas jurídicas, en cuanto no tienen un contenido típico y pre establecido, sino que éste es el que resulta de las circunstancias concretas relativas a la formación y ejecución de las diferentes relaciones que tienen relevancia para el derecho y que reclama, de los sujetos que en ellas intervienen, un mínimo de recíproca lealtad y mutua colaboración con miras a preservar los intereses legítimos y alcanzar las finalidades merecedoras de tutela jurídica, para lo cual se precisan comportamientos positivos u omisivos que así no sean formalmente prescritos, se imponen si aquellos serían y honestamente persiguen una determinada situación o efecto.[44]

Ahora bien la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de determinar el alcance de la buena fe respecto a distintas facetas de la actividad de los seguros, ya sea que se esté en presencia del modelo netamente privado, o bien que se esté analizando la legalidad de una decisión basada en un esquema de seguridad social.

Sobre la aplicación del principio de buena fe en un esquema basado en el modelo privado de seguro, recientemente en sentencia T-268 de 2013 la Corte observó como la buena fe en las conductas desplegadas durante la relación negocial permitían evitar que determinadas empresas aseguradoras se lucraran indebidamente de las múltiples cotizaciones que el tomador de la póliza realizaba, las cuales eran posteriormente desconocidas alegando la figura de las preexistencias. Sobre el particular expresó:

"El principio de la buena fe en el contrato de seguros, se predica con mayor exigencia de las dos partes, es decir, tanto del tomador como del asegurador, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de adhesión, lo que significa que al momento de la suscripción del respectivo contrato, la aseguradora tiene la carga de consignar en el texto de la póliza, de manera clara y expresa, las exclusiones o preexistencias, entendidas como aquellas

enfermedades o afecciones que ya venia aquejando al paciente al momento de suscribir el contrato, respecto de las cuales no se dará cubrimiento alguno sin que pueda luego alegar en su favor las ambigüedades o los vacíos del texto por ella preparado[45].

Sin embargo, lo anterior no puede ser excusa para que un tomador- beneficiario solicite el reconocimiento de una póliza de seguro declarada nula en virtud de su mala fe. Así las cosas, el artículo 83 de la Carta Política repudia tanto las prácticas arbitrarias de las aseguradoras, como de las demás partes. A modo de ejemplo, si se demuestra que el tomador de la póliza conocía de antemano la existencia y gravedad de una enfermedad al momento de celebrar el contrato, sin ninguna duda este podrá ser declarado nulo debido a la reticencia. Cosa distinta es el caso de que el beneficiario manifieste los síntomas de su enfermedad o que estos se encuentren en la historia clínica y la aseguradora dentro de los límites razonables, no indague sobre su gravedad

Ahora bien, concretamente y en cuanto a la relación existente entre la buena fe y la confianza en la conducta desplegada en las relaciones laborales y de la seguridad social, esta corporación en diversas providencias ha delimitado los elementos que surgen de esta. Sobre este punto la Corte en sentencia T-005 de 1995 manifestó: "la confianza es un elemento esencial en las relaciones entre los individuos. Sin ella se desmoronan las condiciones básicas de cooperación y respeto que requiere una vida colectiva pacífica. Defraudar esta confianza tiene implicaciones graves en la articulación de las prácticas sociales. Esto sucede de manera especial cuando se trata de una relación de subordinación, como es el caso de los trabajadores respecto de sus empleadores. La confianza que el trabajador deposita en su empleador y en las condiciones laborales que lo vinculan con la empresa crea un sentido de seguridad y estabilidad que resulta esencial".

Así las cosas, cuando un trabajador se afilia al sistema de seguridad social bajo una relación de carácter laboral o similares, adquiere la confianza de que estará cubierto ante cualquier contingencia que surja de su actividad profesional, o de su devenir diario. Este convencimiento surge del ideario colectivo que supone que el porcentaje que es deducido por el empleador o por el órgano colectivo para cubrir los porcentajes que la legislación establece para salud, pensión y ARP protegen y amparan de cualquier riesgo al cotizante y a sus beneficiarios.

En el mismo sentido se destaca que la buena fe no solo despliega sus efectos en el área netamente laboral, sobre el particular, la Corte ha evidenciado como esta directriz constitucional es plenamente aplicable no solo a las relaciones entre trabajadores y empleadores, sino también a las originadas entre aseguradoras de fondos de pensiones y sus afiliados. Sobre este aspecto esta corporación en sentencia C-250 de 2004 determinó en torno a la desafiliación automática del amparo que brinda el seguro de pensión de invalidez por el no pago de dos períodos consecutivos, lo siguiente:

“No es aceptable, verbigracia, que el afiliado conozca su desprotección ante el siniestro, cuando la administradora le niegue los derechos que reclame, o, lo que es peor, no se entere nunca debido a su muerte, y los familiares derecho habientes se vean en una situación de desamparo o de litigio. Adicionalmente a las anteriores observaciones y desde otra óptica, importa considerar que si las administradoras siguen percibiendo cotizaciones una vez detectada la mora o no las devuelven en un plazo prudencial, enterando debidamente a los interesados de la decisión de acogerse a la desafiliación automática, es dable presumir que prefirieron sanear la situación y dejar vigente la afiliación, sin perjuicio de las acciones de cobro arriba referidas

(...)

Adicionalmente a las anteriores observaciones y desde otra óptica, importa considerar que si las administradoras siguen percibiendo cotizaciones una vez detectada la mora o no las devuelven en un plazo prudencial, enterando debidamente a los interesados de la decisión de acogerse a la desafiliación automática, es dable presumir que prefirieron sanear la situación y dejar vigente la afiliación, sin perjuicio de las acciones de cobro arriba referidas”.

Lo anterior en principio es aplicable, cuando estamos en presencia del modelo de seguridad social en riesgos profesionales, ya que en este las contingencias propias del trabajo son amparadas bajo la figura de un esquema de aseguramiento en el cual el empleador genera un fondo común para cubrir las prestaciones que se originen. Este tribunal ha manifestado que el sistema en esta modalidad es financiado “bajo un esquema de aseguramiento,- en el que las cotizaciones o primas, que el empleador entrega al sistema por cada uno de los trabajadores afiliados, generan una mutualidad o fondo común, con el cual se financian las

prestaciones anotadas[46]”.

En este sentido la seguridad social es reforzada por el principio de la buena fe, en el entendido de que esta adquiere un elemento consolidado cuando está en presencia de conductas que atentan contra la lealtad de los cotizantes, como cuando se desconocen los aportes al sistema en los supuestos en donde se evidencia una enfermedad degenerativa o congénita que afecta paulatinamente las capacidades de una persona. Téngase lo referido por esta corporación en sentencias T-699A de 2007 y T-710 de 2009:

“Es evidente que el juez constitucional no debe olvidar la especial condición de vulnerabilidad del sujeto que reclama la protección de sus derechos, y del enorme esfuerzo que, en no pocos casos, estas personas hacen al insistir en seguir cotizando al SGSS, a pesar del avance progresivo de la enfermedad y del inevitable cese de su actividad laboral ante el contundente deterioro de su salud, lo que los obliga en ese momento, a solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación. En estos eventos, la Corte constitucional ha considerado que no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales”.

Ahora bien por transparencia argumentativa debe hacerse énfasis en que si bien se ha permitido que se computen las cotizaciones de un determinado accionante después de que se estructura la invalidez, en la mayor parte de los casos ese fenómeno solo es válido cuando se está en presencia de una enfermedad que merma la capacidad laboral del paciente de manera paulatina.

Sin embargo, esta corporación en eventos excepcionalísimos ha protegido el derecho a la pensión de invalidez, permitiendo sumar el cómputo de las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración.[47] Sobre el particular en sentencia T-833 de 2011 la Corte determinó:

“Como regla general, la ley y la jurisprudencia han determinado que la normatividad aplicable a un caso concreto, en donde se solicite el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, es definida por la fecha de estructuración de la invalidez. Esto porque a lo largo de la historia legislativa y el desarrollo de dicha prestación en Colombia, no han existido regímenes de transición específicos para regular los cambios dados en esa

materia.

Ha de aclararse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional han permitido excepciones a esta regla con el fin de, por un lado, dar aplicación real a los principios de solidaridad, favorabilidad, progresividad y universalidad que rigen el Sistema General de Seguridad Social; y de otro, materializar los postulados del Estado social de derecho.

(...)

Así, la Corte en reiteradas ocasiones ha revisado procesos, en los cuales las cotizaciones realizadas entre la fecha de calificación de la invalidez y la de estructuración de la misma, hacen la diferencia entre cumplir o no los requisitos exigidos por la ley, explicando que el Sistema de Seguridad Social no puede beneficiarse de esas cotizaciones, pues ello contravendría los postulados básicos del Estado Social de Derecho y sus desarrollos posteriores, principalmente mediante la protección del derecho a la seguridad social”

Es necesario aclarar que en el contexto antes descrito, el reconocimiento o no de una prestación emanada de la seguridad social lejos de ser una decisión que depende única y exclusivamente de los postulados consagrados en el artículo 39 de la ley 100, se erige como la concreción de diversos elementos constitucionales de carácter teleológico que buscan concretar el cumplimiento de los estándares de protección de derechos que el estado en virtud de la constitución de 1991 debe cumplir, entre estos se encuentra el principio de solidaridad, buena fe, dignidad humana y justicia, materialización que también recae en los particulares que por mandato legal administran recursos de la seguridad social de los colombianos.

10. La prevalencia del interés superior del menor. Reiteración de jurisprudencia

10.1. La Asamblea Nacional Constituyente realizó un importante avance respecto de la protección de los derechos de los niños. En este sentido, es claro que la Carta de 1991, buscando superar el vacío de protección que predominó en la constitución de 1886, consagró el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, para así

garantizar la efectividad de las garantías que predica el Estado social de derecho y diversos estándares internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La prevalencia del interés general de los menores de edad no es un axioma que se origine en un determinado contexto, por el contrario es desarrollo de una lectura armónica de toda la Carta. En este sentido vale la pena destacar que la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución Política impone una obligación en cabeza del Estado colombiano de proteger de manera privilegiada a los menores de edad ya que, taxativamente establece el deber de amparo “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”.

Así mismo el artículo 44 de la Constitución Política, en desarrollo de diversos tratados que reconocen derechos humanos los cuales han sido ratificados por Colombia, eligió una fórmula de garantía que reza por la integralidad de la protección de sus derechos en todas las esferas. Sobre este aspecto textualmente la Carta del 91 establece el deber de “proteger” a los niños “contra toda forma de abandono” al igual que radico la competencia de exigir dicha protección en cabeza de “cualquier persona”.

La obligación anteriormente señalada no depende de ninguna condición; es categórica: al niño se le debe asistir y proteger. Dichas asistencia y protección, corresponden en primer término a la familia, como núcleo esencial de la humana convivencia; pero corresponden también a la sociedad, en general, y al Estado, en particular, como ente rector de aquella. Es claro que si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese sagrado deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al aparato gubernamental.[48]

Esta corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de los derechos de los niños, debido a que estos por sus evidentes condiciones físicas en la mayoría de veces no pueden hacerse valer por sí mismos, situación que les confiere el estatus de sujetos de especial protección constitucional en los términos de las normas superiores anteriormente

señaladas. Frente a este tema este tribunal ha dicho que:

“En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen.[49]”

Para abordar el tema referente a la protección de los derechos cuya titularidad radica en los niños y niñas colombianas, es necesario poner de presente que esta población es beneficiaria de un mandato sumo que radicó el pueblo colombiano a la asamblea nacional constituyente, por lo que en virtud del artículo 44 de la Constitución sus garantías constitucionales tienen el carácter de fundamentales.

Acerca de la especial protección de la que son beneficiarios los menores de edad esta corporación ha referido que:

“El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional.”[50]

10.2. Igualmente, el Estado colombiano a través de la aprobación y ratificación de múltiples convenios y tratados internacionales, ha asumido la obligación de garantizar los derechos de los niños. En efecto, de conformidad con el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

Por su parte, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Niño asevera que: “el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse

en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados."

Como consecuencia de lo expuesto, para esta Sala es evidente que debido a la especial protección que reconoce la Constitución y diversos tratados internacionales que garantizan los derechos a la infancia en condiciones integras, actualmente los niños y niñas cuentan con una exaltación jurídica que no puede ser desconocida por ninguna autoridad pública o particular, ya que dado el interés general que recae sobre ellos, se hace incondicional e ineludible el deber del Estado y de la sociedad de actuar de manera inmediata siempre que la infancia se halle en estado de necesidad.

11. CASO CONCRETO

11.1. Descripción de la situación.

En relación con los hechos y el material probatorio obrante en el expediente, encuentra la Sala que en el presente asunto la acción de tutela es presentada por un agente oficioso, el cual asevera actuar en representación de Ruby Amparo Cárdenas y de su hijo Luis Eduardo Cárdenas, debido a la negativa del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. de reconocer la pensión de invalidez por aparentemente no cumplir con los requisitos contemplados en la ley 100 de 1993. El señor Francisco Luis Rodríguez Torres acude ante el juez constitucional con la pretensión de que este ordene a la AFP demandada expedir acto en el cual se le conceda la pensión a su agenciada.

Por su parte la AFP PORVENIR manifiesta que no tiene la obligación de acceder a la prestación solicitada debido a que para el momento en el cual se estructuró el incidente cerebrovascular, la señora Ruby Amparo Cárdenas aún no había alcanzado a cotizar la suma de 50 semanas.

Tanto el juez de primera como aquel de segunda instancia, negaron la protección invocada al considerar que la negativa a reconocer la pensión de invalidez se encuentra sustentada en la correcta aplicación de las normas que regulan la materia. Así mismo consideran que las pretensiones que se persiguen así como los hechos expuestos en la misma, fueron objeto de pronunciamiento por otro juez constitucional.

Sin embargo, la providencia de segunda instancia con el fin de proteger los derechos de los agenciados dictó las siguientes órdenes: “oficiar a la Procuraduría General de la Nación, de Villavicencio Seccional Meta, para que dadas las consideraciones expuestas en el presente fallo inicie los trámites y procedimientos correspondientes para la declaratoria de interdicción y designación de curaduría de la señora Ruby Amparo Cárdenas”. Así mismo y en relación a la protección del hijo menor de edad de la agenciada determinó: “el instituto colombiano de bienestar familiar, regional Villavicencio, seccional meta, debe iniciar los trámites y procedimientos correspondientes para el restablecimiento de derechos del menor Luis Eduardo, a fin de obtener una evaluación de condiciones actuales y la designación de guarda legal”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a analizar los aspectos fácticos y jurídicos del presente caso, para determinar posteriormente si en el sub examine es posible dar órdenes específicas a la AFP PORVENIR sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez debido a la aplicación de los principios rectores que guían las actuaciones de los fondos de pensiones al momento de tomar decisiones que afecten el derecho fundamental a la seguridad social, o si por el contrario se debe negar la protección de derechos invocada.

11.2. Agencia oficiosa en el asunto de referencia.

De manera categórica la Corte Constitucional ha reconocido la forma en la cual se puede comparecer al proceso tutelar. En este sentido, ha manifestado que debido a la naturaleza sumaria y antiformalista de la tutela, no operan los mismos limitantes al momento de demostrar la calidad en la que actúa determinado peticionario, sin embargo lo anterior no es excusa para que el juez de amparo no tenga la obligación de determinar la legitimación en la causa sobre la cual se sustenta la solicitud de protección. Al respecto este tribunal ha manifestado que “las posibilidades de acreditar la legitimación en la causa por activa son: (i) la del ejercicio directo de la acción, (ii) la de su ejercicio por medio de representantes legales, (iii) la de su ejercicio por medio de apoderado judicial, y (iv) la del ejercicio por medio de agente oficioso[51].

En virtud de la última figura, es decir, de la agencia oficiosa es posible que un tercero represente al titular de un derecho debido a la imposibilidad física y/o mental de este para llevar a cabo su propia defensa. En este sentido la agencia oficiosa constituye una

institución excepcional, pues requiere que se evidencie una circunstancia de indefensión del afectado que le imposibilite recurrir al mecanismo tutelar para buscar por sí mismo la protección de sus garantías constitucionales.

Ahora bien en el caso concreto la presente acción de amparo, conforme a lo dispuesto por los artículos 10 y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991 y 86 de la Constitución, se interpuso por el señor Francisco Luis Rodríguez Torres[52] el cual expresamente en el escrito de tutela manifestó “que solicita la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, seguridad social de los perjudicados” haciendo alusión al desarrollo jurisprudencial que este tribunal ha estructurado en torno a la figura de la agencia oficiosa. Igualmente de los hechos se desprende que ni la señora Ruby Amparo Cárdenas ni su hijo pueden solicitar la protección de sus garantías por sí mismos, la primera por haber padecido un infarto cerebral y el segundo por tan solo tener 3 años de edad.

En conclusión, la Sala encuentra acreditada la legitimación del señor Francisco Luis Rodríguez Torres para agenciar los derechos de la señora Ruby Amparo Cárdenas y del niño Luis Eduardo Cárdenas

11.3. Ausencia de temeridad en la tutela

La acción de tutela fue creada como instrumento extraordinario, preferente, breve y sumario para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, para garantizar el buen funcionamiento de este medio de defensa, es necesario que los actores tengan una participación transparente que se materialice en la recta decisión de los jueces.

El Decreto 2591 de 1991, en el artículo 38, hace referencia a la actuación temeraria en la acción de tutela, con el fin de evitar su abuso y así alcanzar una relación honesta y transparente entre la administración y los administrados. La aludida norma señala que se configura la temeridad cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual corresponde al juez de tutela rechazarla o decidir desfavorablemente todas las solicitudes.

Al respecto, esta corporación en reiterada jurisprudencia ha sido enfática en señalar que el

juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita anteriormente, debe tener en cuenta varios aspectos determinantes tales como: (i) la identidad de las partes; (ii) la identidad de la causa petendi; (iii) la identidad del objeto y (iv) la ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción[53].

Le corresponde al operador judicial a fin de brindar una protección de los derechos fundamentales, verificar los aludidos presupuestos, siempre partiendo de la disposición constitucional que supone presumir la buena fe en las actuaciones de los particulares. En este sentido la sentencia T-919 de 2004 determinó que: "Tratándose de personas en estado de especial vulnerabilidad, no es procedente negar la tutela por temeridad, a pesar de que se observe una identidad de partes, hechos y pretensiones, cuando el juez advierta que, no obstante la interposición de una o varias acciones anteriormente, los derechos fundamentales de los peticionarios continúan siendo vulnerados. Esta situación, en consecuencia, constituye otra causal que justifica la interposición de una nueva acción de tutela.

Así mismo en sentencia T-433 de 2006 este tribunal concluyó que:

"El uso inadecuado de la acción de amparo del cual se deriva la interposición simultánea o repetida de la misma, puede ser atribuido al asesor jurídico y no al ciudadano que reclama la protección de sus derechos fundamentales. En este sentido no es acertado declarar la temeridad pues el apoderado judicial es el que tiene la carga del manejo técnico de los mecanismos judiciales y no el ciudadano, quien al margen de esto tiene derecho a que se le protejan sus garantías constitucionales".

Ahora bien frente a este caso en concreto, la Sala observa al analizar la solicitud allegada por Seguros de Vida ALFA S.A. que el Juzgado Quinto Penal Municipal de Villavicencio mediante sentencia del 24 de agosto de 2011 conoció en única instancia de un amparo constitucional presentado por Cristina Andrea Romero Vinasco, en calidad de agente oficiosa de Ruby Amparo Cárdenas y su hijo. En este solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y la protección de los derechos al mínimo vital, la salud y la vida de sus agenciados.

Ahora bien de las pruebas obrantes en expediente de tutela se evidencia que en principio

no debe considerarse que la señora Ruby Amparo Cárdenas y Luis Eduardo Cárdenas tengan que soportar las consecuencias negativas que surgen de ese fallo de tutela, en razón a que la temeridad es una consecuencia jurídica que sanciona la mala fe de un accionante, y en el presente caso no podría hablarse que alguno de los agenciados haya podido actuar de manera temeraria, por la sencilla razón que: (i) la primera tiene una pérdida de capacidad laboral del 78.75% por haber sufrido una “cuadriplejia por hemorragia subaracnoidea”, lo cual evidencia que esta ni siquiera participó en la elaboración de la primera acción de amparo debido a que no puede ni escribir ni hablar y (ii) en el caso de su hijo, qué mala fe puede trasladársele a un ser indefenso de apenas 3 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que no existe temeridad en el presente asunto.

11.4. Procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

La Sala advierte que el asunto en cuestión evidencia claramente la existencia de una afectación a múltiples derechos fundamentales de la señora Ruby Amparo Cárdenas, lo cual amerita la procedencia de la acción de tutela en los términos expresados por la jurisprudencia de esta corporación. Esto en razón a que la condición de discapacidad que aqueja a la peticionaria, específicamente del 78.75% de pérdida de capacidad laboral, aunada a las afectaciones físicas y mentales que ha venido acumulando con el tiempo y que están plenamente identificadas tanto en el escrito de tutela como en el historial clínico de la agenciada, facultan el conocimiento por parte del juez de la presente acción.

Basta con contemplar el cuaderno de pruebas allegado por la EPS SALUDCOOP para comprobar que se trata de una persona que ha acumulado afecciones delicadas que indubitable y progresivamente le han impedido seguir trabajando, y que inexorablemente le impiden a un grado extremo desarrollar cualquier tipo de actividad. Lo anterior habilita la competencia de esta corporación para estudiar el fondo la petición realizada indistintamente de la existencia de otras vías ordinarias de defensa judicial.

Este tribunal recuerda lo señalado en la sentencia T-066 de 2009, en la cual se establecieron los requisitos que debía cumplir la solicitud de amparo para que el juez pudiese conocer de la protección de derechos:

“Solo en determinados casos, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia

excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de una pensión, caso en el cual el juez, previa ponderación de los hechos y las circunstancias especiales del caso concreto, deberá verificar ciertos requisitos: (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección; (ii) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; (iii) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados o amenazados."

Para esta corporación es claro que debido al estado clínico de la señora Ruby Amparo Cárdenas en ningún caso su vida puede proseguir de manera normal sin el reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo cual si el juez desconoce las implicaciones que trae la ausencia de la prestación solicitada implicaría el quebrantamiento de las garantías constitucionales consagradas en la Carta del 91. En conclusión y con fundamento en lo anterior, esta corporación considera que en el presente asunto procede la acción de tutela para cuestionar la negativa de la AFP PORVENIR de reconocer la prestación solicitada.

11.5. De la aplicación de los principios constitucionales que pregonan el Estado Social de Derecho al momento de reconocer una pensión de invalidez

Observa la Sala que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., al responder si le asistía o no el derecho a la pensión de la señora Ruby Amparo Cárdenas realizó una valoración formal de los requisitos establecidos en la norma; sin embargo, obvió la valoración de principios constitucionales tales como la solidaridad, la justicia y la buena fe, los cuales son desarrollo directo del Estado social de derecho y resultan de imprescindible consideración para el análisis del caso *sui generis* como el que ahora ocupa a esta Sala.

La necesaria valoración de los principios anteriormente descritos resalta la relevancia constitucional del problema planteado y obliga a que el juez constitucional se pronuncie respecto de la aplicación de las disposiciones en el caso concreto, buscando sobre todo que la decisión adoptada permita la concreción de los valores previamente aludidos conforme a

la Carta de 1991. La especial situación de debilidad manifiesta y al estado que revisten la agenciada y su hijo, hace necesario desplegar una lectura de la problemática planteada no desde el aspecto netamente formalista de la ley 100 de 1993, sino desde la óptica constitucional.

Por demás, en repetidas ocasiones esta corporación se ha visto obligada a interpretar no solo tomando como referencia las disposiciones legales que regulan la materia, sino por el contrario analizando el asunto específico a la luz de las garantías constitucionales, buscando con ello salvaguardar la vigencia de un orden legal y constitucional justo. En este sentido basta observar la sentencia T-777 de 2009 en donde la Corte determinó: "la Sala observa que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., al responder si le asistía o no el derecho a la pensión de la actora, realizó una valoración formal en perspectiva legal de los requisitos establecidos por la norma para alcanzar el derecho a la pensión de invalidez; sin embargo, obvió la valoración de principios constitucionales y derechos fundamentales que le asisten a la joven dentro del marco de un Estado Social de derecho".

En el caso sub examine la Sala considera que tanto la entidad accionada como los jueces de instancia, debieron valorar la situación en que se encuentran Ruby Amparo Cárdenas y Luis Eduardo Cárdenas, ya que la condición física y psicológica de la primera dejan entrever el deterioro en el que ha quedado la capacidad laboral de esta después del accidente cerebrovascular presentado a escasos días de dar a luz a su hijo; lo que necesariamente deviene en la imposibilidad de realizar cualquier actividad que le permita derivar el sustento propio. Prueba de lo anterior es que según las evidencias obrantes en el expediente la agenciada está postrada en un hogar de paso en la ciudad de Villavicencio, mientras que el niño Luis Eduardo Cárdenas es cuidado por una vecina amiga de ella.

No se debe olvidar que toda lesión que afecte la vida e integridad de una persona y que reduzca su capacidad de proveerse los bienes materiales mínimos para sobrellevar una vida digna, es extremadamente lamentable; pero la situación es más desastrosa cuando quien debe soportar esta tragedia es una madre que a escasos días de dar a luz a su pequeño hijo, sufre un menoscabo a su salud que la somete de por vida a estar bajo el cuidado de un tercero que realice todas sus actividades básicas de auto cuidado, más aún, si se tiene en cuenta que la agenciada estaba afiliada al sistema de seguridad social, ya que por primera

vez había obtenido un trabajo si se quiere decir estable, el cual le permitiría gozar de las prerrogativas propias de la maternidad y de la protección ante contingencias que mermaran su salud o su capacidad laboral.

Sin embargo, las condiciones especiales de los agenciados no pueden ser el único sustento que estructure el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que la Corte como todos los jueces de la república, si bien debe aplicar en sus decisiones de manera preferente la Constitución, también está supeditada a la aplicación del ordenamiento legal que regula el reconocimiento de la prestación aquí solicitada.

Sobre este aspecto se debe evidenciar que para acceder a la pensión de invalidez el legislador estableció los parámetros legales y reglamentarios que deben guiar la actividad de los fondos de pensiones. Estos son: (i) la invalidez y (ii) la proporcionalidad de cotizaciones al sistema. El primero, la invalidez, hace énfasis en que independientemente de la necesidad de determinado núcleo familiar e incluso en los hogares en los cuales hay menores de edad o sujetos de especial protección constitucional, es imposible que una AFP reconozca una prestación sin que previamente se haya determinado y estructurado la pérdida de capacidad laboral superior o igual al 50%.

El espíritu de este requisito es evitar que una persona que cuenta con la capacidad de suministrarse a través de su trabajo su manutención, sea beneficiario de una prestación a la que no tiene derecho en desmedro de los escasos recursos del sistema. Al respecto en concreción de este mandato que propende por la sostenibilidad del régimen de pensiones, el artículo 38 de la ley 100 de 1993 establece: “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

El segundo parámetro que debe guiar la actividad de los fondos de pensiones, es la proporcionalidad de cotizaciones al fondo común. En torno a este requisito la evolución legislativa ha variado respecto a las semanas de cotizaciones que debe aportar una persona para acceder a la pensión de invalidez, en supuestos en los que se estructure enfermedad o accidente que le impida seguir desempeñándose en un entorno laboral[54].

Bajo la Constitución del 91 se expidió la Ley 100 de 1993. Esta normatividad concretó en su artículo 39 los requisitos mínimos para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Establecía que para acceder a el reconocimiento de esta prestación se necesitaba: (i) “Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; (ii) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

Subsiguientemente la ley 860 de 2003, señaló los nuevos y actuales requisitos para acceder a la pensión de invalidez, los cuales pueden ser sintetizados así: (i) invalidez causada por enfermedad o accidente de origen común cuando el beneficiario tiene 20 o más años, requiere de 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; (ii) si la invalidez es causada por enfermedad o accidente de origen común, cuando el beneficiario es menor de 20 años de edad, requiere de 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria y (iii) si el afiliado cotizó el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años[55]

El objetivo que ha buscado el legislador a través de las múltiples reformas al sistema de seguridad social en pensiones, ha siempre girado en torno a garantizar que mediante el aumento o disminución de las semanas de cotización se cuente con el capital necesario para su auto sostenimiento. Téngase lo señalado por esta corporación en la sentencia T-138 de 2012 en la cual la Corte estudió la naturaleza económica de este último aspecto:

“se ve, la exigencia concreta de las 50 semanas, resulta una medida de carácter económico, con la cual el legislador buscó evitar que una persona acceda a un beneficio igualmente económico solventado por el sistema, sin que dicha persona haya aportado un capital proporcional y racional, que el mismo legislador tasó en mínimo 50 semanas de aportes dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En conclusión, la exigencia en cuestión tiene sentido en la medida en que se cumpla con su propósito económico”.

Como consecuencia de lo expuesto puede afirmarse que la anterior evolución legislativa surgió en torno al deber de mantener la sostenibilidad del sistema, con el fin de evitar que las personas que no hayan contribuido con un total de semanas “proporcionales” y

“racionales” puedan acceder a las prestaciones que surgen de la pensión de invalidez.

Sin embargo al momento de determinar si una persona cumple con las semanas de cotización que establece la ley 860 de 2003 se debe partir de que la constitución en su artículo 13 obliga al estado, a la familia, a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social integral y a todos los particulares en general, a proteger a los sujetos que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Sobre el particular la disposición establece “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por sus condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan”; este deber imperativo prescribe la obligación de prestar la ayuda a las personas que lo necesiten de conformidad al artículo 95 numeral 2 de la Carta.

En este sentido, la AFP demandada consideró que si bien la agenciada había cotizado en salud, pensiones y riesgos laborales durante cerca de 7 meses antes de estructurarse la invalidez, está aún no cumplía con las semanas necesarias para acceder a la solicitud requerida. Esta decisión, si bien podría tener acogida desde una óptica netamente legal, a la luz de los principios constitucionales analizados en la parte motiva de esta providencia, resultaría claramente ilegítima y desproporcionada, ya que la simple subsunción y valoración legal de las semanas de cotización en el asunto discutido atenta contra los principios constitucionales anteriormente descritos.

En el presente asunto, se evidencia en primer medida varias particularidades que hacen que el juez constitucional no pueda aplicar ciegamente las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia, debido entre otros aspectos a: (i) la situación de especial invalidez, abandono e indefensión que afecta a la agenciada y a su menor hijo; (ii) el impacto que traería a las condiciones de vida el reconocimiento de la prestación; (iii) la previa cotización al sistema de un considerable número de semanas por parte de la agenciada; (vii) la buena fe que vincula la actuación tanto de la señora Ruby Amparo Cárdenas como la de la AFP demandada, y (iv) la aplicación de los postulados que pregonan el Estado Social de Derecho, los cuales materializan el goce concreto de los derechos fundamentales.

En primer medida no se debe olvidar que la señora Ruby Amparo Cárdenas había iniciado a

cotizar en pensiones con anterioridad al momento en el cual sufrió la incapacidad, es decir, que alcanzó a acceder a las 50 semanas de cotización desde que se presentó el incidente cerebrovascular hasta el momento en que se concretó el dictamen, sólo porque previamente había aportado al sistema de seguridad social integral durante un lapso considerable de tiempo. Ya que después de presentarse el parte de la agenciada su empleador por expresó mandato legal, tuvo que seguir cotizando hasta el momento de la presentación de esta tutela.

Esto en razón a que la accionante estaba laborando para la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO en calidad de afiliada, razón por la cual ya había previamente realizado cotizaciones por cerca de 7 meses, las cuales entraron al fondo mutual de la AFP PORVENIR generando rendimientos debido a la administración de los mismos.

Como segundo elemento y eje estructural de esta providencia, debe tenerse en cuenta que en ningún momento puede hablarse de una supuesta intención de la señora Ruby Amparo Cárdenas de afiliarse al sistema de seguridad social en pensiones para ocultar una patología que previamente padecía.

Queda comprobado además que los eventuales beneficiarios de esta pensión o sus causahabientes tampoco actuaron de mala fe, ya que el deseo de proseguir con las cotizaciones para obtener el reconocimiento de la pensión mientras la agenciada se encontraba postrada en una cama no se originó en el deseo temerario de estos. Del expediente se observa que la señora Ruby Amparo Cárdenas no cuenta con un compañero permanente que vele por sus cuidados, ni con una familia que tenga mayor contacto, evidencia de lo anterior es que de la evolución médica obrante en el expediente llevada por SALUDCOOP expresa lo siguiente:

“La paciente siempre ha permanecido sin acompañante, los especialistas tratantes no logran hablar con familiares por lo que las decisiones son difíciles de tomar” [56].

“La paciente nuevamente no cuenta con la presencia de los familiares, la amiga está presente por períodos cortos lo que hace imposible hablar con los cuidadores” [57]

“No encuentra compañía, no hay quien autorice el procedimiento, sin embargo se deja consentimiento informado para que sea autorizado por la familia si alguna vez aparece a

visitar a la paciente”[58].

“la paciente está en un hogar de paso, albergue en Villavicencio sin familiares o acudientes”[59]

Así las cosas, se evidencia que las cotizaciones que se realizaron después de que se presentó el accidente cerebrovascular y hasta la expedición del dictamen, no fue fruto de la mala fe de los familiares o de algún tercero que pretendiera obtener el manejo de cualquier eventual pensión, sino del deber legal del empleador de seguir cumpliendo con las obligaciones que surgen de su posición. Es decir, que en el presente caso no puede criticarse la conducta desplegada por la Cooperativa, ya que está plenamente justificada desde la obligación que tienen los contratantes de seguir cotizando al sistema de seguridad social, hasta tanto no se tenga certeza del porcentaje de capacidad laboral de sus empleados.

Como tercer elemento no debe olvidarse que la entidad Seguros de Vida ALFA S.A., mediante dictamen del 27 de agosto de 2010 determinó una pérdida de capacidad laboral del 78.75% lo cual evidencia la situación de invalidez de la agenciada. Así mismo según las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que “la paciente está en un hogar de paso, albergue en Villavicencio sin familiares o acudientes”[60], mientras que su hijo está en situación de abandono, ya que independientemente de que actualmente es cuidado por una vecina, este no puede seguir indefinidamente a su cuidado, evidencia de lo anterior es que el juez de segunda instancia ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Villavicencio, seccional Meta: “iniciar los trámites y procedimientos correspondientes para el restablecimiento de derechos del menor Luis Eduardo Cárdenas, a fin de obtener una evaluación de condiciones actuales y la designación de guarda legal”.

El eventual reconocimiento de la pensión de invalidez equivalente a un salario mínimo en el presente asunto no solo tendría un impacto directo en lograr el restablecimiento de derechos de los agenciados, sino que podría ser la diferencia entre una vida dependiente de los programas de asistencia social del estado; al acceso en condiciones dignas a las prestaciones que surgen del derecho a la seguridad social, tales como la prestación económica que garantice un mínimo vital, y la afiliación al sistema de salud en calidad de cotizante para ella y su pequeño hijo.

Igualmente el reconocimiento de la pensión en el presente asunto avalaría un ingreso con el cual Luis Eduardo Cárdenas accedería en un futuro mediato a los medios necesarios de para llevar una infancia digna tal y como lo profesa el artículo 44 de la Constitución.

Para esta corporación debe darse aplicación directa a los postulados que pregonan por la seguridad social, tal y como lo manifestó la sentencia C-575 de 1992: "la concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado". Es decir, la Corte en aplicación del principio de solidaridad, justicia, y buena fe, y demás pilares fundantes del Estado Social de Derecho, no podrá aplicar los mismos criterios formalistas que regulan la forma de contabilizar las semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez.

La Sala encuentra que en este caso, la aplicación ciega de la ley 100 de 1993 implicaría la vulneración de principios constitucionales relativos al carácter social de nuestro estado, eso sin mencionar que al desconocer los aportes que el empleador de la accionante realizó durante el término en que esta estuvo hospitalizada atentaría contra derechos fundamentales como el mínimo vital y la seguridad social. Más aún cuando "la confianza que el trabajador deposita en su empleador y en las condiciones laborales que lo vinculan con la empresa crea un sentido de seguridad y estabilidad que resulta esencial[61]". Por lo cual en el presente asunto y debido a las excepcionalísimas circunstancias que lo rodean, las cotizaciones realizadas por el empleador de la accionante deberán ser computadas para acceder a las 50 semanas de cotización que exige la ley.

La Corte Constitucional por lo anteriormente expuesto reconocerá la pensión de invalidez a la señora Ruby Amparo Cárdenas, con el fin de materializar la protección real y efectiva del derecho a la seguridad social de ella y de su menor hijo contenido en los artículos 48 y 42 superiores.

Sin embargo se debe aclarar que lo expuesto en este caso, no involucra en manera alguna un aval para que en todos los supuestos se acepte que las semanas de cotización realizadas desde que se presenta la invalidez, hasta el momento de calificación, sean computables al tiempo de pensión.

Bajo tales condiciones, la Sala concluye que en este caso procede la protección de los derechos fundamentales invocados, en razón a que se comprueba que la señora Ruby Amparo Cárdenas reúne los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de invalidez de conformidad al artículo primero de ley 860 de 2003. En virtud a lo anterior este tribunal procederá a revocar el fallo de segunda instancia y ordenará a la AFP PORVENIR que en el término de 48 horas inicie el trámite necesario para reconocer y pagar la pensión de la agenciada. Este trámite no podrá superar el término de 20 días calendario.

Igualmente y con el ánimo de proteger los derechos fundamentales de la señora Ruby Amparo Cárdenas y Luis Eduardo Cárdenas, la Corte ordenará a la Procuraduría General de la Nación y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que adelanten las actuaciones necesarias para que los aquí agenciados puedan mediante curador o representante legal disfrutar de la pensión reconocida.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 11 de diciembre de 2012, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el que a su vez confirmó la negativa de derechos decretada por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, mediante providencia del 11 de septiembre de 2012.

SEGUNDO.- CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR al Fondo Privado de Pensiones PORVENIR, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en esta providencia, en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que a la actora le sea reconocida y empiece a pagársele la pensión de invalidez, lo cual no podrá exceder el término de 20 días calendario.

CUARTO.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que adelanten las actuaciones necesarias para que los aquí agenciados

puedan mediante curador o representante legal disfrutar de la pensión aquí reconocida.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB

Magistrado

Secretaria General

[1] Folio 20 y 33 cuaderno de pruebas.

[2] Folio 261 cuaderno de pruebas.

[3] Folio 260, cuaderno pruebas.

[4] Folio 17, cuaderno pruebas.

[5] Folio 37, cuaderno pruebas.

[6] Folio 60, cuaderno pruebas.

[7] Cfr. Sentencia T-531 de 2002.

[8] Sentencia T-306 de 2011.

[9] Auto 06 de 1996.

[10] Sentencia T-1103 de 2005 y T-1122 de 2006.

[11] Ibídem.

[12] Sentencias T-1103 de 2005 y T-727 de 2011.

[13] Sentencia T-184 de 2005.

[14] Sentencias T-1215 de 2003 y T-184 de 2005.

[15] Sentencia T-721 de 2003.

[16] Sentencias T-149 de 1995, T-919 de 2003 y T-707 de 2003.

[17] Cfr. Sentencia T-1022 de 2006.

[18] Sentencia T-433 de 2006.

[19] Sentencia T-487 de 2011.

[20] La Corte ha llamado la atención sobre la importancia de que dichas circunstancias sean examinadas, también, al realizar el análisis material de la acción de tutela. Al respecto, señala la sentencia T-093 de 2011 “(...) el reconocimiento de una pensión adquiere relevancia constitucional cuando: a.) del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud, su precaria situación económica, se concluye que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta; b.) se verifica la grave afectación del derecho fundamental a la seguridad social y de otros de derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso; y c.) se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal o el principio de irrenunciabilidad de los beneficios económicos establecidos en las normas que dan contenido prestacional al derecho a la seguridad social”.

[21] Sentencia T-920 de 2009.

[22] Sentencia T-145 de 2011.

[23] Sentencia T-106 de 1993 y T-480 de 1993.

[24] Sentencia T-406 de 1992.

[25] Sentencias T-801 de 2010, T-044 de 2011 y T-293 de 2011.

[26] Sentencia T-105 de 2009.

[27] Sentencia T-426 de 1992.

[28] Sentencias T-801 de 2010 y T-044 de 2011.

[29] Sentencia T-016 de 2007.

[30] Sentencia T-414 de 2009.

[31] Ibíd.

[32] Conferencia N° 89 de la OIT.

[33] Sentencia T-760 de 2008.

[34] Cfr. Sentencia T-505 de 1992.

[35] Sentencia T-406 de 1992.

[36] Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Sentencia del 29 de agosto de 2005 Radicación 23.202.

[37] Gaceta Constitucional del 21 de mayo de 1991. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, pág. 2.

[39] Sentencias T-426 de 1992 y C-288 de 2012.

[40] Sentencia C-776 de 2003.

[41] Sentencia C-258 de 2013.

[42] Sentencias C-865 de 2004, C-352 de 2009, C-228 de 2010 y C-263 de 2011.

[43] Sentencia C-1194 de 2008.

[44] Sentencia T-005 de 1995.

[45] Sentencia T-086 de 2012.

[46] Sentencia C-453 de 2002.

[47] Sobre el particular ver las sentencias T-777 de 2009 y T-839 de 2010.

[48] Cfr. Sentencia T-029 de 1994.

[49] Sentencia SU-225 de 1998.

[50] Sentencia T-840 de 2007.

[51] Cfr. Sentencia T-531 de 2002.

[52] Actúa el peticionario en calidad de representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO. La señora Ruby Amparo Cárdenas pertenecía a la mencionada cooperativa de trabajo, es decir, su jefe es quien agencia sus derechos en la presente acción de amparo.

[53] Sentencia T-509 de 2011.

[54] Sobre el particular inicialmente el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966 consagró que tendrían derecho a la pensión de invalidez los asegurados que: (i) fuesen inválidos de carácter permanente conforme a lo preceptuado en la ley 90 de 1948 y (ii) tuvieran acreditadas 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales debían corresponder a los últimos 3 años. Posteriormente, se expidió el Decreto 232 de 1984 el cuál ajustó los requisitos de cotización para asegurar el reconocimiento de una pensión de invalidez, específicamente dispuso que “la persona declarada inválida tenía derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez si acreditaba 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.”

[55] La mencionada ley igualmente establecía el requisito de (iv) fidelidad del 20% al sistema después de tener 20 años de edad. Sin embargo ante la evidente regresividad que planteaba el requisito de fidelidad al sistema, la Corte, en sentencia C-428 de 2009, estudió el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y consideró “resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo anteriormente contemplado en el precepto 39 de la Ley 100 de 1993”, por lo cual declaró inexistente este último requisito.

[56] Folio 261.

[57] Folio 261

[58] Folio 261

[59] Folio 20 y 33 cuaderno de pruebas

[60] Folio 20 y 33 cuaderno de pruebas