

T-948-13

Sentencia T-948/13

ACCION DE TUTELA CONTRA ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES-Procedencia excepcional por afectar derechos fundamentales al negar afiliación a determinado grupo de trabajadores

En ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para cuestionar la negativa de una ARL de cobijar a determinados grupos de trabajadores, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para amparar las garantías que surgen de la seguridad social y el trabajo. Por esta razón la tutela puede, transitoriamente, desplazar las acciones administrativas y judiciales existentes, para así resguardar que mientras se desarrollan estos procedimientos no se vean afectados los derechos y prerrogativas que surgen de la afiliación en riesgos laborales

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Desarrollo constitucional y legal

Es claro que el legislador en desarrollo de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en los artículos 2, 44, 48, 49, y 365 de la Constitución, estructuró un sistema de seguridad social integral basado en la complementariedad de una serie de servicios médicos, pensionales y de seguro de riesgos. Esto con el fin de cubrir al mayor número de habitantes del territorio colombiano, independientemente de que estos no tuviesen capacidad económica, fueran independientes, pensionados, cotizantes, trabajadores, desempleados, empresarios, nacionales o extranjeros.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Universalidad, eficiencia, solidaridad

AFILIACION AL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES-Principio de universalidad en las relaciones entre afiliados y aseguradoras de riesgos

Con el fin de darle acceso a la mayor parte posible de las personas una de las soluciones que contempló el constituyente fue darle la naturaleza de universalidad a la seguridad social, para con ello asegurar que la protección que invocaba el artículo 48 constitucional albergara a todos sin distinción alguna. Ahora bien, la noción de universalidad de conformidad a la jurisprudencia de este tribunal tiene dos aspectos, uno subjetivo y otro de carácter objetivo. En torno al primero se comprende: "que este se proyecta en la protección a todos los individuos" y en torno a la segundo "este es referido a la protección global de los riesgos y contingencias sociales". Una y otra dimensión se encuentran complementadas por el principio de igualdad protectora, en el sentido de protección en igual cuantía, sin distinciones derivadas de la causa. Es claro que la dimensión subjetiva que surge del principio de universalidad en materia de riesgos profesionales está íntimamente relacionada con el derecho a la igualdad. Así las cosas la seguridad social no es más que la concreción de la aplicación del principio de igual trato por parte de las autoridades, ya que sería un absurdo que la protección en riesgos laborales solo amparara a las personas que practican determinada actividad, o a las que están en determinado rango de edad, o a quienes ejercen

solo actividades de bajo riesgo.

AFILIACION AL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES-Omisión en la afiliación conlleva responsabilidad del empleador en asumir la totalidad de los costos derivados de la seguridad social de los trabajadores y sus beneficiarios

SISTEMA DE RIESGOS LABORALES-ARL no pueden supeditar la afiliación de las empresas dedicadas a la actividad minera a la presentación del título minero

SISTEMA DE RIESGOS LABORALES-Caso en que ARL niega afiliación al sistema a trabajadores que desempeñan labores en mina de carbón, bajo el argumento que no tienen título minero

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE-Orden a ARL afiliar a trabajadores que desempeñan actividad minera

Referencia: expediente T-4.027.144

Acción de tutela interpuesta por Mario Pérez García contra la A.R.P. POSITIVA.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) 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 PRETELT 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:

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Mario Pérez García interpone acción de tutela en contra de la A.R.P. POSITIVA, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, a la salud y a la seguridad social, según los siguientes

### 1. Hechos:

1.1. Sostiene que ha venido realizando la actividad de explotación minera de carbón térmico desde el 22 de abril de 2004, de manera ininterrumpida y amparado bajo el reconocimiento de la Agencia Nacional de Minería mediante el expediente FIM-112.

1.2. Afirma que su actividad es artesanal e informal mas no ilegal, ya que cuenta con servicios de seguimiento ambiental y está en proceso de obtener el reconocimiento estatal.

1.3. El 5 de junio de 2013, se dirigió a las instalaciones de POSITIVA S.A. en la ciudad de Tunja, para realizar la afiliación de todos los trabajadores que de alguna manera desempeñan labores en la mina. En dicha sede se le informó que “no podía realizarse la afiliación” ya que la minería de hecho no es una actividad económica legal.

1.4. El accionante asegura que la no afiliación de sus trabajadores a POSITIVA S.A. vulnera sus derechos fundamentales, ya que como empleador debe incorporar a las personas que laboran en la mina de carbón a la A.R.L; lo anterior en razón a que incumplir esta obligación podría acarrearle sanciones ante el Ministerio de Trabajo y la Agencia Nacional de Minería, sin mencionar el peligro al que eventualmente se expondrían todas las personas que realizan actividades de explotación al no estar aseguradas.

1.5. Así mismo manifiesta que la extracción de carbón térmico es la única actividad de la cual depende el sustento de su familia y la de sus trabajadores.

1.6. Por la situación anteriormente descrita el señor Mario Pérez García instaura acción de tutela con la pretensión de lograr que se protejan sus derechos fundamentales al trabajo, a la salud y a la seguridad social, y en consecuencia, se ordene a POSITIVA S.A. expedir acto de afiliación para todas y cada una de las personas que laboran en la mina.

2. Actuaciones del juez de tutela de única instancia.

Mediante auto de fecha 19 de junio de 2013, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja decidió admitir la acción de tutela y vinculó a POSITIVA S.A. para que se pronunciara sobre los hechos de la demanda.

3. Respuesta de la entidad accionada.

3.1. A través de oficio 155 del 27 de junio de 2013, la entidad accionada manifestó las razones por las cuales debía declararse improcedente la acción de tutela. Aseguró que en el caso del señor Mario Pérez García este debía aportar a su solicitud “el título minero y/o el contrato de operación minera en el cual se evidencie que cuenta con la pertinente inscripción en el registro minero nacional”, ya que de no contar con la documentación solicitada no podía asegurar la actividad que realiza el peticionario.

Por último consideró que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para cuestionar la negativa de POSITIVA S.A. de expedir acto de afiliación a sus trabajadores.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

4.1 Liquidación del servicio de seguimiento ambiental expedido por la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, radicada bajo el expediente OOMH-0018/2010 (folio 9, cuaderno 1).

4.2 Fotocopia del Formulario Simplificado para la Legalización de Explotaciones Minerales, diligenciado por el accionante el 22 de septiembre de 2004 (folios 11 al 14, cuaderno 1).

5. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

## Decisión de única instancia

El Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja, mediante providencia del 2 de julio de 2013, negó la solicitud de protección a los derechos invocados, manifestando que el accionante tiene a su disposición la jurisdicción ordinaria para dirimir las controversias derivadas de la no afiliación al sistema de riesgos laborales.

Igualmente el juez de única instancia adujo la inexistencia de un perjuicio irremediable que requiera la adopción de medidas urgentes e impostergables, ya que los trabajadores de la mina de carbón térmico han venido desempeñando de manera informal esa actividad desde el 2004.

## CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar el fallo 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. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme a los antecedentes descritos, en el presente asunto la acción de tutela se presenta con el fin de lograr que una aseguradora de riesgos laborales expida acto mediante el cual afilie a las personas que trabajan artesanalmente y de facto en una mina de carbón térmico que está en proceso de legalización. La A.R.L. considera que no tiene la obligación de resguardar esas labores debido a que este no posee título minero que acredite la legalidad de las mismas.

Con base en los elementos fácticos descritos, encuentra la Sala que el problema jurídico consiste en determinar si ¿se desconoce el derecho a la seguridad social de un empleador y sus trabajadores cuando una A.R.L no autoriza la inscripción de las personas que desempeñan labores de minería, por el hecho de no contar con el título o contrato de concesión minera?

Por otra parte, es necesario que esta corporación establezca ¿bajo qué criterios las empresas que conforman el sistema de riesgos laborales pueden negarse a aceptar la afiliación de un trabajador?

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte abordar los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela contra decisiones adoptadas por empresas que integran el sistema de riesgos laborales; (ii) el derecho a la seguridad social integral y su desarrollo constitucional y legal; (iii) la aplicación del principio de universalidad en las relaciones entre afiliados y aseguradoras de riesgos; y (vi) por último se abordará el caso concreto.

### 3. La procedencia de la acción de tutela contra decisiones adoptadas por empresas que integran el sistema de riesgos laborales

La subsidiariedad de la tutela está contemplada en el artículo 86 de la Carta, ella precisa

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 de este mandato, esta corporación ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el peticionario cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, o en su defecto, debe determinar si aún existiendo estos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela”.

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general, que consiste en que la tutela es un mecanismo excepcional de defensa al que puede acudir un afectado solo después de ejercer infructuosamente todos y cada uno de los medios ordinarios. Así lo consideró este tribunal, 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”.

“El 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.”

Ahora bien, concretamente la Corte Constitucional ha establecido las siguientes sub reglas en torno a la procedencia de la tutela para cuestionar las decisiones de una ARL, cuando niega la cobertura a un número plural de trabajadores:

(i) Es posible que el juez constitucional expida órdenes generales que beneficien a los trabajadores que no hacen parte del proceso de tutela cuando sin justa causa se evidencie la negativa de una ARL de amparar mediante su cobertura a determinada empresa. Esto en virtud a que cuando estos son excluidos de la protección en riesgos laborales, la mayoría de veces el representante legal o el empleador, es quien vería afectado sus derechos fundamentales si eventualmente se presentara un incidente laboral.

En este sentido, la sentencia T-176 de 2011 de este tribunal conoció de un asunto en el cual el representante legal de una cooperativa de trabajo presentó acción de tutela contra la ARP COLMENA, por la desafiliación de los riesgos profesionales sobre 48 miembros de su empresa. En ese asunto la Corte consideró que: “le asiste un interés directo y particular (al representante legal y a la cooperativa) respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, pues, sin duda alguna, la decisión adoptada por COLMENA, de suspender la afiliación de los 48 trabajadores al Sistema de Riesgos Profesionales, de forma unilateral y sin fórmula de juicio, compromete su responsabilidad, y puede afectar sus derechos e intereses y los de sus trabajadores, en caso de presentarse una contingencia derivada de la actividad laboral que éstos desarrollan.[1]”

(ii) Así mismo, este tribunal, en la sentencia en mención, determinó que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio en los supuestos en los cuales una ARL se negaba a cobijar o desafilar a determinada empresa, ya que debido a lo complejo y tardío de los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes, la eliminación del sistema de riesgos profesionales era una carga desproporcionada que vulneraba sus derechos fundamentales. Téngase en cuenta lo señalado por esta corporación en dicha providencia:

“si bien el asunto puede ser debatido en otras instancias, administrativas y judiciales, la decisión de la entidad demandada, de suspender la afiliación al Sistema de Riesgos Profesionales de los trabajadores a su cargo, los pone en riesgo permanente y peligro inminente, toda vez que en la actualidad, éstos no tienen el derecho a su seguridad social en riesgos profesionales y se encuentran desprotegidos en el evento de presentarse un accidente y/o un siniestro que les genere daños físicos, enfermedades y la muerte.”

(...)

“Aún cuando es posible demandar la protección de los derechos presuntamente afectados en otros escenarios, mientras se obtiene allí una decisión definitiva, la falta de cobertura de los trabajadores en el Sistema General de Riesgos Profesionales, los ubica en una situación de indefensión, en el sentido que, ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, es posible que no reciban oportunamente la atención que requieran, poniéndose en grave riesgos sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física y a la seguridad social.”

Como conclusión se destaca entonces que en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para cuestionar la negativa de una ARL de cobijar a determinados grupos de trabajadores, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para amparar las garantías que surgen de la seguridad social y el trabajo. Por esta razón la tutela puede, transitoriamente, desplazar las acciones administrativas y judiciales existentes, para así resguardar que mientras se desarrollan estos procedimientos no se vean afectados los derechos y prerrogativas que surgen de la afiliación en riesgos laborales.

#### 4. El derecho a la seguridad social integral y su desarrollo constitucional y legal

4.1. La teoría constitucional se ha ocupado de catalogar los derechos, tomando como punto de referencia el proceso que les dio origen. En lo que respecta a la seguridad social, vale la pena resaltar que sus prerrogativas están enmarcadas dentro de las conquistas económicas, sociales y culturales, debido a que su objeto históricamente ha girado en torno a la protección de la comunidad frente a ciertas necesidades y contingencias propias de su devenir.

Al respecto se debe resaltar que esta corporación en varias oportunidades ha analizado el origen y el desarrollo de la seguridad social. Ejemplo de esto es la sentencia T-200 de 2011, en la cual se expresó lo siguiente:

“La seguridad social, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, La Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento británico... es, en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” [2]

En este orden de ideas, el deber de velar por la realización de la seguridad social estuvo ligado al concepto clásico de Estado de bienestar, en el cual el aparato gubernamental debía intervenir activamente en las relaciones ciudadanas con el fin de garantizar la debida prestación de servicios básicos y complementarios.

Incluso bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1886, la preocupación del Estado colombiano por la seguridad social estuvo dirigida particularmente a garantizar los servicios básicos en materia de salud dejando de un lado el desarrollo constitucional de materias tales como la pensión y la protección en riesgos profesionales. En ese esquema dominó un sistema discriminatorio y desordenado, dividido entre lo privado y lo público, dependiendo

de la capacidad de pago de sus afiliados[3]. Es más, salvo el tímido desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y un puñado de leyes, solo el artículo 16 del acto legislativo 01 de 1936 reconoció el deber imperante del gobierno, particulares y empresas de velar por la seguridad social de los ciudadanos. Sobre este aspecto, la referida reforma constitucional estableció: “la asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado”.

Ahora bien, con el ánimo de superar las dificultades imperantes en la constitución de 1886, el constituyente dio prevalencia a la seguridad social en la Carta de 1991, e instituyó en su artículo 48 este bien jurídico social como “un servicio público de carácter obligatorio” el cual se garantizará “a todos los habitantes”.

En desarrollo de los mandatos superiores consagrados en la nueva Constitución Política, el legislador expidió la ley 100 de 1993, en la cual consagró el sistema de seguridad social integral, conformado por una serie de regímenes generales establecidos para: (i) pensiones; (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) servicios complementarios que se definen en el artículo 8° y subsiguientes de dicha disposición.

Una de las garantías que surgen de la seguridad social en materia de pensiones es el cubrimiento con una asignación vitalicia y de carácter permanente a las personas que por distintas causas ya no pueden seguir desempeñando la labor que habitualmente ejercían, bien sea por que debido al paso del tiempo o a la vejez se ha mermado su capacidad de trabajo, o en razón a que por un acontecimiento externo y ajeno, tal como un accidente o una enfermedad, han sido declaradas inválidas.

En este sentido la Corte Constitucional ha determinado que la pensión de invalidez tiene por finalidad “proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha condición física o mental, impacta negativamente su calidad de vida y la eficacia de otros derechos fundamentales. Del mismo modo, busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado”[5].

En torno a la pensión de vejez, se establecieron dos regímenes excluyentes pero que coexisten, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual. El primero, es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definida[6], independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumplan con los requisitos legales. El segundo, está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de las garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad[7].

4.3. Ahora bien, el régimen de seguridad social en pensiones está íntimamente relacionado cuando se refiere a la pensión de invalidez por accidente de trabajo a los riesgos profesionales (hoy riesgos laborales). Esto en virtud del artículo segundo del Decreto Ley 1295 de 1994 y primero de la Ley 1562 de 2012, los cuales estructuraron como sus objetivos y naturaleza, los siguientes:

## Artículo 2° del Decreto Ley 1295 de 1994 (objetivos)

a. Establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo que puedan afectar la salud individual o colectiva en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad.

b. Fijar las prestaciones de atención de la salud de los trabajadores y las prestaciones económicas por incapacidad temporal a que haya lugar frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

c. Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional.

d. Fortalecer las actividades tendientes a establecer el origen de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el control de los agentes de riesgos ocupacionales”.

## Artículo 1° de la Ley 1562 de 2012 (naturaleza)

“proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales.”.

En el Libro Tercero de la Ley 100 de 1993, el legislador consignó algunas disposiciones relacionadas con el Sistema General de riesgos profesionales, y conforme al artículo 139 de la misma, y en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución, se facultó al Presidente de la República por el término de seis meses para que mediante decretos con fuerza de ley, organizara la administración del sistema de riesgos profesionales. En ejercicio de esas prerrogativas expidió el Decreto Ley 1295 de 1994, donde se reglamentó el acceso, régimen aplicable y funcionamiento del mismo.

Por su parte, el artículo 77 del Decreto Ley 1295 de 1994 estructura el modelo mixto de administración público - privada existente en el régimen de riesgos profesionales. Específicamente determina que este solo podrá ser administrado por el Instituto de Seguros Sociales - (Hoy POSITIVA S.A.[8]) y por las entidades aseguradoras de vida que obtengan autorización de la Superintendencia Bancaria para la explotación del ramo de seguro de riesgos profesionales.

Resulta importante precisar que en este modelo las contingencias cubiertas por el empleador son de dos clases: prestaciones asistenciales y prestaciones económicas. Las prestaciones asistenciales consisten en el derecho de todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, según el caso, a recibir: a) Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica; b) Servicios de hospitalización; c) Servicio odontológico; d) Suministro de medicamentos; e) Servicios auxiliares de diagnóstico y

tratamiento; f) Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición sólo en caso de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomiende; g) Rehabilitaciones físicas y profesional; h) Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios. (art. 5 del Decreto ley 1295 de 1994)”

En cuanto a las prestaciones económicas, el artículo 7 del mismo Decreto señala, que todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes erogaciones: a) Subsidio por incapacidad temporal; b) Indemnización por incapacidad permanente parcial; c) Pensión de invalidez; d) Pensión de sobrevivientes; e) Auxilio funerario.”

4.4. Ahora bien, en desarrollo del principio de universalidad el artículo tercero del Decreto 1295 consagró el deber de aplicar el Sistema de Seguridad Social a “todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general”. Esa disposición hace alusión así mismo a ciertas exclusiones taxativas y de interpretación restringida, las cuales se encuentran en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, el cual dispone que:

“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (...)

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio (...)

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma (...).”

En desarrollo de lo anterior el Decreto-ley 1295 de 1994 estableció la obligación de todas las aseguradoras de riesgos profesionales de aceptar a todos y cada uno de los trabajadores que soliciten. Dicha disposición establece en su artículo 85 lo siguiente: “Las entidades administradoras de riesgos profesionales no podrán rechazar a las empresas ni a los trabajadores de estas.”

Como consecuencia de lo expuesto, es claro que el legislador en desarrollo de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en los artículos 2, 44, 48, 49, y 365 de la Constitución, estructuró un sistema de seguridad social integral basado en la complementariedad de una serie de servicios médicos, pensionales y de seguro de riesgos. Esto con el fin de cubrir al mayor número de habitantes del territorio colombiano, independientemente de que estos no tuviesen capacidad económica, fueran independientes, pensionados, cotizantes, trabajadores, desempleados, empresarios, nacionales o extranjeros.

5. La aplicación del principio de universalidad en las relaciones entre afiliados y aseguradoras de riesgos

El artículo 48 de la Carta 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”. Así mismo el artículo segundo de la ley 100 de 1993 establece que “la universalidad es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida” (Negrilla fuera de texto)

El Diccionario de la real academia de la lengua española define la universalidad como un adjetivo que: “(i) comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno, o (ii) que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos”. En este orden de ideas ese concepto es un mandato imperativo constitucional que pregona por qué la función de protección que predica la seguridad social, se aplica sin excepción a cada una de las personas.

En concordancia con esta línea de pensamiento, el constituyente, al diseñar el modelo de seguridad social en Colombia, evidenció un déficit de cubrimiento de las garantías que surgían de la misma u optó por un modelo en el cual se garantizara la cobertura a todas y cada una de las personas que se encuentran en el territorio nacional.

Con el fin de darle acceso a la mayor parte posible de las personas una de las soluciones que contempló el constituyente fue darle la naturaleza de universalidad a la seguridad social, para con ello asegurar que la protección que invocaba el artículo 48 constitucional albergara a todos sin distinción alguna.

Ahora bien, la noción de universalidad de conformidad a la jurisprudencia de este tribunal tiene dos aspectos, uno subjetivo y otro de carácter objetivo. En torno al primero se comprende: “que este se proyecta en la protección a todos los individuos” y en torno a la segundo “este es referido a la protección global de los riesgos y contingencias sociales”. Una y otra dimensión se encuentran complementadas por el principio de igualdad protectora, en el sentido de protección en igual cuantía, sin distinciones derivadas de la causa.[9]

En desarrollo de lo anterior, es claro que la dimensión subjetiva que surge del principio de universalidad en materia de riesgos profesionales está íntimamente relacionada con el derecho a la igualdad. Así las cosas la seguridad social no es más que la concreción de la aplicación del principio de igual trato por parte de las autoridades, ya que sería un absurdo que la protección en riesgos laborales solo amparara a las personas que practican determinadas actividad, o a las que están en determinado rango de edad, o a quienes ejercen solo actividades de bajo riesgo.

Así mismo, la Corte Constitucional en reiterados fallos ha manifestado la correlación existente entre dicho valor y la dignidad humana. Sobre el particular la sentencia C-575 de 1992[10] expresó:

“La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes.

Simplemente, si son esenciales, se predicán de todas las personas.”

Lo anterior, como lo ha señalado consistentemente la jurisprudencia de esta corporación.[12] no se trata de un acto de mera liberalidad o de una acción potestativa del empleador, sino de un deber que propende por la efectividad de la protección constitucional al trabajador y por el establecimiento de las condiciones dignas y justas en que deben desarrollarse las relaciones de trabajo (arts. 25 y 53 C.P.).

En desarrollo de lo anterior, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad “para todos los habitantes de afiliarse al sistema general de seguridad social en salud, y el correlativo deber de todo empleador de afiliar a sus trabajadores a dicho sistema”. En tanto que el artículo 271 de la misma ley, contempla las sanciones imponibles al empleador cuando, “por cualquier medio, impida o atente contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”. A nivel jurisprudencial y en concordancia con esta línea de pensamiento, en la sentencia C-543 de 2007[13] la Corte manifestó:

“La universalidad implica entonces, que toda persona tiene que estar cobijada por el sistema de seguridad social. No es posible constitucionalmente que los textos legales excluyan grupos de personas, pues ello implica una vulneración al principio de universalidad.”

Uno de los pilares del Sistema de Riesgos Profesionales es su universalidad y su existencia se deriva directamente del trabajo, como protección especial a cargo del Estado, es decir, que por ser la seguridad social un servicio público de carácter obligatorio y a la vez un derecho irrenunciable “no cabe, en efecto, interponer el libre albedrío individual frente a los deberes sociales de todos los habitantes del territorio para asegurar la plena vigencia de los derechos de todos a la seguridad social”[14].

## 6. Caso concreto

6.1. En relación con los hechos y el material probatorio obrante en el expediente, encuentra la Sala que el señor Mario Pérez García desde hace varios años inició los trámites tendientes a obtener el reconocimiento estatal de la explotación de la mina de carbón térmico que está en su propiedad. Por este motivo el 5 de junio de 2013 solicitó a la ARP POSTITIVA la afiliación de todos sus trabajadores a la cobertura en riesgos profesionales. La accionada se negó a realizar la incorporación solicitada aduciendo que el peticionario debía aportar a su solicitud “el título minero y/o el contrato de operación minera en el cual se evidencie que cuenta con la pertinente inscripción en el registro minero nacional”, ya que de no contar con ese aval gubernamental la aseguradora de riesgos no puede amparar las actividades de su empresa ni a sus mineros.

El juez de única instancia negó la protección invocada aduciendo: (i) la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y (ii) la falta de pruebas en el expediente que evidenciaran la existencia de un perjuicio irremediable.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a estudiar la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, para determinar posteriormente, los aspectos fácticos y

jurídicos aplicables. Específicamente concretará si es posible dar órdenes a la compañía de seguros POSITIVA S.A. sobre la protección de los derechos invocados, o si, por el contrario, se debe negar el amparo impetrado.

6.2. La Sala advierte que el asunto en cuestión justifica la procedencia de la acción de tutela en los términos de la jurisprudencia anteriormente señalada. Esto en razón a que esta corporación, en situaciones como la presente, ha determinado que los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico, para cuestionar la negativa de una ARL de cobijar a determinado grupo de personas carecen de eficacia inmediata e idoneidad para amparar las garantías que surgen de la seguridad social.

Sobre esta prerrogativa el artículo 8 del Decreto Ley 2591 de 1991, determinó que:

“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...) En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no la instaura, cesarán los efectos de éste”.

La Sala considera que la tutela transitoriamente puede desplazar a las acciones administrativas y judiciales existentes, para así garantizar que mientras se desarrollan los recursos contra POSITIVA S.A. el señor Mario Pérez García y las personas que desempeñan labores en la mina de carbón térmico, no vean afectados sus derechos, debido a la ausencia de protección por la falta de afiliación en riesgos laborales.

Lo anterior en razón a que queda evidenciada la existencia de un perjuicio irremediable en el asunto sub examine, ya que el actor actualmente se encuentra en una situación que compromete su responsabilidad, y puede afectar sus derechos e intereses y los de sus trabajadores, en caso de presentarse una contingencia derivada de las actividades laborales que estos desarrollan.

6.3. Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, la Sala debe analizar si existe una vulneración a los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y a la dignidad del señor Mario Pérez García por la negativa de POSITIVA S.A. de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social en riesgos laborales, por no poseer título minero o contrato de operación minera en el cual se determine la pertinente inscripción en el Registro Minero Nacional.

La aplicación de los principios de universalidad e igualdad ante la ley obligan a que el juez constitucional se pronuncie respecto de la aplicación de las disposiciones que regulan la afiliación o la exclusión del sistema de riesgos laborales a un grupo de trabajadores que obtienen su sustento de la explotación de carbón térmico, buscando sobre todo que la decisión adoptada permita la concreción del estado social de derecho.

Valga recordar, que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, al igual que esta corporación en pronunciamientos anteriores, han sostenido que en el sistema laboral colombiano, la responsabilidad por los riesgos profesionales, en principio, está a cargo del empleador, quien debe asegurar a los trabajadores en las Administradoras de Riesgos Profesionales,

cumpliendo con el pago de las correspondientes cotizaciones, para que a su vez, tales entidades se responsabilicen y reconozcan las prestaciones económicas y asistenciales correspondientes.

La Sala considera que en aplicación del principio de universalidad en la cobertura de riesgos, no puede establecerse una diferencia entre trabajadores que laboran en una mina que cuenta con la respectiva concesión minera, respecto a personas que ejecutan la misma actividad pero aún se encuentran en fase de obtención de dicho requisito. Una diferenciación en tal sentido resultaría violatoria de las garantías constitucionales en materia de protección del trabajo (art 25 C.P.) así como de los principios mínimos fundamentales que establece el artículo 53 superior y en particular de la igualdad de oportunidades y derechos para los trabajadores.

Dando alcance a lo referido anteriormente y específicamente en torno al requisito de anexar contrato de concesión minera para que una ARL expida acto de afiliación al sistema de riesgos laborales, el Ministerio de de Salud y Protección Social mediante Circular 000034 del 25 de septiembre de 2013 en aplicación del principio de legalidad, igualdad y universalidad determinó:

“Las Administradoras de Riesgos Laborales no pueden supeditar la afiliación de las empresas dedicadas a la actividad minera, a la presentación del título minero, ni de ningún otro documento distinto al formulario único contenido en el Anexo Técnico número 1 que hace parte integral de la Resolución número 2087 de 2013, previsto en esta norma como el documento idóneo para la afiliación, retiro y novedades de trabajadores y contratistas al Sistema General de Riesgos Laborales”. (negrilla fuera de texto)

Por su parte la Resolución número 2087 de 2013[16] en ningún acapite hace mención a la obligación del empleador de adjuntar certificado que demuestre que se posee título minero y/o el contrato de operación minera. Por las anteriores razones, la Corte evidencia que los argumentos que aduce la compañía POSITIVA S.A-. en escrito del 27 de junio de 2013 son ilegítimos, desproporcionados y vulneran el principio de universalidad y legalidad, ya que desconocen la normatividad en la materia expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social al igual que el artículo 48 constitucional.

Por las razones anteriormente señaladas, se tutelarán los derechos al trabajo, a la salud, y a la seguridad social invocados en la acción de tutela y en consecuencia se ordenará a POSITIVA S.A. que mientras se resuelven los recursos administrativos[17] y judiciales en la jurisdicción ordinaria, de manera transitoria expida acto mediante el cual acepte la afiliación de los trabajadores que desarrollan actividades de explotación en la mina de carbón térmico del accionante.

#### 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 2 de julio de 2013, por el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja, por las razones expuestas y, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al trabajo, a salud, igualdad, dignidad y seguridad social.

SEGUNDO.- CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales al trabajo, a la salud y a la seguridad social por las razones expuestas en la presente providencia, invocados por el señor Mario Pérez García.

TERCERO.- ORDENAR a POSITIVA S.A. que teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en esta providencia, en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que al actor le sea posible afiliar a sus trabajadores que desempeñan la actividad minera, siempre y cuando estos cumplan con los requisitos consagrados en la Resolución número 2087 de 2013. Igualmente se ordenará al señor Mario Pérez García iniciar dentro del término de 40 días contados a partir de la notificación de esta decisión, las acciones administrativas y judiciales pertinentes para obtener una decisión definitiva.

CUARTO.- 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 PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cfr. Sentencia T-176 de 2011

[2] Sentencia T-200 de 2011 – Citado de Carrillo Prieto, Ignacio. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Universidad Autónoma de México, 1981, pág. 27.

[3] Ponencia: Hacia un nuevo sistema de protección social que garantice el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible, Doctor Jorge Ivan Palacio, tomado de Derecho de la Seguridad Social”. Segunda Edición. Oscar Iván Cortés Hernández. Librería ediciones del profesional Ltda. Págs. 19 a 32.

[4] Cfr. Ley 797 de 2003, artículo 2°.

[5] Sentencia T-032 de 2010.

[6] Ley 100 de 1993, art. 31.

[7] Ley 100 de 1993, art. 59.

[8] Positiva Compañía de Seguros S.A es una compañía adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, resultado de la cesión de activos, pasivos y contratos de la Administradora de Riesgos Profesionales del Seguro Social a la Previsora Vida S.A, Mediante la resolución 1293 del 11 de agosto de 2008.

[9] Cfr. Sentencia C-823 de 2006.

[10] En dicha providencia la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la ley 49 de 1990, por medio de la cual se reglamentó el Subsidio a la vivienda de interés social por parte de las Cajas de Compensación Familiar.

[11] Sentencia C-823 de 2006.

[12] Ver, entre otras las sentencias T- 005 de 1995; T-557 de 1998; T- 120 de 1999.

[13] En dicha providencia la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra Ley 141 de 1961, artículo 227 el cual determinaba el valor del auxilio por enfermedad no profesional.

[14] Sentencias C-1089 de 2003.

[15] Ver las sentencias C-1024 de 2004, C-823 de 2006, y C-543 de 2007.

[16] Por la cual se modifica la Resolución 1747 de 2008, modificada por las Resoluciones 2377 de 2008, 990 y 2249 de 2009, 1004 de 2010, 475 y 476 de 2011 y 3214 de 2012 y se dictan otras disposiciones.

[17] Entre otros recursos que tiene el accionante para cuestionar la negativa de la ARL esta el artículo 91 de el Decreto 1295 de 1994 el cual establece que “las entidades administradoras de riesgos profesionales que incurran en conductas tendientes a dilatar injustificadamente el pago de las prestaciones de que trata el presente Decreto, o impidan o dilaten la libre escogencia de entidad administradora, o rechacen a un afiliado, o no acaten las instrucciones u órdenes de la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, serán sancionadas por la superintendencia bancaria, en el primer caso, o por la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales, en los demás, con multas sucesivas hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las demás previstas en la ley o en este Decreto”.