COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/122/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/122/10
Expediente	—
Fecha	2010-02-18
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	Dr HUMBERTO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Proteccion Especial A Personas Discapacitadas
- Discapacidad E Invalidez
- Derecho A La Seguridad Social
- Accion De Tutela En Materia De Seguridad Social
- Accion De Tutela Frente A Pension De Invalidez
- Derecho A La Pension De Invalidez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los

Texto completo

T-122-10 Sentencia T-122/10 Sentencia T-122/10 PROTECCION ESPECIAL A PERSONAS DISCAPACITADAS -Marco jurídico interno e internacional DISCAPACIDAD E INVALIDEZ -Conceptos En la sentencia T-198 de 2006 se especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.” La discapacidad, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de ‘persona impedida’ y ‘persona con discapacidad’, respectivamente. La invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral, lo que presupone la valoración de la merma.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Alcance y contenido El derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna

a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL -Procedencia ACCION DE TUTELA FRENTE A PENSION DE INVALIDEZ- Procedencia DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ -No puede afectarse por mora en el pago de los aportes por parte del empleador ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ -Procedencia por cuanto el actor cumple con los requisitos exigidos por la ley para que le sea amparado su derecho Referencia: expediente T-2.424.530 Acción de tutela instaurada por Reinaldo Sosa López contra Porvenir S.A.

Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Trece Civil Municipal de Barranquilla y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito en la acción de tutela instaurada por Reinaldo Sosa López contra Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES El pasado dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009), el ciudadano Reinaldo Sosa López interpuso acción de tutela ante el Juzgado Trece Civil Municipal de Barranquilla solicitando el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por Porvenir S.A.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes Hechos 1.- Reinaldo Sosa López, de 47 años [1] , está afiliado a Porvenir S.A. desde el primero (1) de mayo de dos mil uno (2001) [2] .

2.- El diecisiete (17) de abril de dos mil cinco (2005) el actor sufrió una accidente de tránsito que le produjo “una lesión en el nervio ciático mayor derecho” y una “limitación en los arcos de movilidad articular en la columna dorso lumbar” [3] .

Además, padece de “artrosis en la cadera derecha” [4] . 3.- A raíz de lo anterior, el seis (6) de noviembre de dos mil siete (2007) el señor Sosa fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, quien determinó que su porcentaje de pérdida de la capacidad laboral era del 36.58% y su origen era común [5] . Tal dictamen fue modificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el treinta y uno (31) de enero de dos mil ocho (2008) en el sentido de que la pérdida de la capacidad laboral del accionante asciende a 50.99% y la fecha de estructuración es el diecisiete (17) de abril de dos mil cinco (2005) [6] .

4.- Con fundamento en lo anterior, el seis (6) de mayo de dos mil nueve (2009) el peticionario solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez a Porvenir S.A.

[7] 5.- Porvenir S.A., mediante comunicación de tres (3) de junio de dos mil nueve (2009), negó el reconocimiento de la pensión solicitada con el argumento de que el actor no cumple con uno de los requisitos exigidos por la ley 860 de 2003 cual es haber cotizado cincuenta (50) semanas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez ya que, en ese lapso, “sólo se cotizaron 15 semanas en el I.S.S.” [8] .

6.- En contravía de lo anterior, aduce el peticionario que, en el período comprendido entre el diecisiete (17) de abril de dos mil dos (2002) y el diecisiete (17) de abril de dos mil cinco (2005), cotizó 54,84 semanas. Concretamente afirma

haber aportado 30 semanas a Porvenir, las cuales corresponden al lapso entre marzo de 2004 y septiembre de 2004 [9] , y las restantes 24,84 –desde octubre de 2004 a abril de 2005 [10] - al Instituto de Seguros Sociales [11] .

7.- Respecto de su situación actual el señor Sosa indica que “ahora vivo de mis papás y algunos compañeros que me colaboran económicamente” [12] .

También arguye que “nadie me da trabajo por la situación en que me encuentro, además me tienen que hacer una operación de reemplazo total de cadera” [13] .

Solicitud de Tutela 8.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Reinaldo Sosa López solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera ha sido vulnerado al negarse la entidad demandada a reconocerle la pensión de invalidez. En consecuencia pide ordenar a Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la prestación requerida [14] .

Respuesta de la entidad demandada 9.- Porvenir S.A. señaló, en primer lugar, que el señor Sosa no reúne los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez pues sólo cuenta con quince (15) semanas cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Agrega que “no cuenta con las semanas, porque los periodos de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2004, fueron cancelados extemporáneamente en el 2009, posterior a la fecha de estructuración (17/04/2005), por lo tanto estos periodos no se pueden tener en cuenta (…) De igual manera aún teniendo en cuenta los periodos antes mencionados, contaría con 45 semanas y por lo tanto tampoco cumpliría con el requisito de las 50 semanas” [15] .

En segundo lugar, indicó que “tratándose de una reclamación relativa al reconocimiento de una pensión de invalidez, es claro que la parte actora cuenta con un instrumento judicial a través del procedimiento laboral ordinario preceptuado en la ley, para hacer valer sus pretensiones ante esa jurisdicción (…)” [16] .

Por último, llama la atención sobre el hecho de que “el accionante no aporta prueba palmaria de la que se pueda colegir un perjuicio irremediable. No todo perjuicio conlleva a este mecanismo” [17] .

Decisiones judiciales objeto de revisión Sentencia de primera instancia 10.- El Juzgado Trece Civil Municipal del Barranquilla resolvió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia en vista de que el petente cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y “no existe (…) certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable (…) [y tampoco] se encuentra demostrada en el expediente la afectación del mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar” [18] .

Impugnación 11.- El actor impugnó el fallo de primera instancia con el argumento de que, aunque existía otra vía judicial, la tutela debía ser concedida porque “someter a un litigio laboral a una persona con disminución de su capacidad laboral que le impide acceder al trabajo y, por ende, a la fuente de ingreso, resulta desproporcionado al ocasionarle un perjuicio para su vida personal y familiar y una disminución de su calidad de vida” [19] .

Añadió que Porvenir, al aceptar el pago de los aportes atrasados por parte de su empleador –Cootrasercar-, se allanó a la mora y, por tanto, debe tener en cuenta estas semanas para efectos del cómputo de los requisitos de la pensión de invalidez [20] .

Sentencia de segunda instancia 12.- El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla confirmó la decisión de primer grado con similar argumentación. Considero el ad quem que “el accionante cuenta con las respectivas instancias, procedimientos y medios judiciales establecidos por la ley para el efecto como es el proceso ordinario laboral, instancia en la que puede analizar todas y cada una de los argumentos expuestos por las partes y con procedimiento adecuado dentro del cual, evacuadas todas las etapas correspondientes, arribar a la decisión que en derecho; tampoco como mecanismo judicial transitorio, por cuanto el juez en sede de tutela, no puede ordenar el pago de una pensión que no ha

sido reconocida (…) es deber del interesado adelantar los trámites necesarios para solicitar el reconocimiento y pago de su pensión ante la autoridad competente y por los medios correspondientes, los que escapan a la competencia del juez constitucional" [21] .

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión 13.- En vista de que en el expediente no se encontraba información sobre la situación socio-económica y de salud del peticionario y de su núcleo familiar a causa de la falta de reconocimiento de su pensión de invalidez, mediante auto del catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), se solicitó al demandante lo siguiente:

"SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite al señor Reinaldo Sosa López que, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente Auto, remita a esta Corporación toda la información relativa a su situación socio-económica y de salud actual y la de su núcleo familiar, adjuntando para ello todas las pruebas que tenga en su poder".

La información solicitada fue recibida por la Secretaría General de esta Corporación el veinticinco (25) de enero del presente año [22] . Mediante declaración juramentada ante notario el actor manifestó que "debido a la pérdida de capacidad laboral que padezco (…) afronto una difícil situación económica y delicada. Mi estado de salud me imposibilita volver a trabajar ya que laboraba como conductor y no se desempeñar otra actividad (…) dependo de la ayuda de mis dos hijos, mi padre y hermanos, quienes no me dejan padecer pobreza, lo poco que pueden me lo suministran para mi subsistencia (…)" [23] .

14.- Así mismo, se advirtió que de las pruebas obrantes en el expediente no resultaba claro el tiempo durante el cual el actor ha estado afiliado y ha cotizado a Porvenir S.A., así como el número de semanas que ha aportado a la misma en el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2002 y el 17 de abril de 2005, razón por la cual en la misma providencia antes citada se requirió tal información de la siguiente forma:

" CUARTO.- ORDENAR a Porvenir S.A. que dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, responda los siguientes interrogantes, adjuntando los respectivos soportes documentales en medio físico y magnético:

1) ¿El señor Reinaldo Sosa López ha estado o está afiliado a Porvenir S.A.? Si la respuesta anterior es afirmativa, se deberá indicar con exactitud los periodos de tiempo correspondientes.

2) ¿El señor Reinaldo Sosa López ha cotizado a Porvenir S.A. en el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2002 y el 17 de abril de 2005? Si ello fuere así, se deberá indicar a cuantas semanas ascienden estos aportes, a que periodo de cotización pertenecen y cuando fueron cancelados, sin importar que el pago haya sido extemporáneo".

La información solicitada fue recibida por la Secretaría General de esta Corporación el veintisiete (27) de enero del presente año [24] . El demandado reafirmó que el actor es su afiliado desde el primero (1) de mayo de dos mil uno (2001) e indicó que "desde esa fecha no tenemos evidencia de que el afiliado haya realizado un traslado a otra entidad" [25] .

Respecto al segundo cuestionamiento informa que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez "el actor no demuestra haber cotizado válidamente ningún periodo en este tiempo" [26] .

Sin embargo, aclara que "en relación con los periodos consignados en mora a esta administradora, correspondientes al mismo periodo (2002/04/17 – 2005/04/17) encontramos que por este tiempo recibimos una consignación el día 29 de abril de 2009, en la cual en forma extemporánea y con posterioridad a la fecha del siniestro se cotizaron aportes por los siguientes periodos:

· Marzo de 2004 · Abril de 2004 · Mayo de 2004 · Junio de 2004 · Julio de 2004 · Agosto de 2004 · Septiembre de 2004 Siendo ello así, si sumamos los períodos cotizados en forma extemporánea a esta administradora, dichos aportes ascienden a 30 semanas, por lo tanto tampoco cumpliría con el requisito de las 50 semanas exigido por la ley" [27] .

15.- De igual forma, el despacho observó que dentro del trámite cumplido en las instancias no había vinculado al Instituto de Seguros Sociales, entidad que si bien no fue demandada, puede verse afectada con lo que finalmente se decida en este proceso ya que según las pruebas obrantes en el expediente el peticionario ha realizado aportes a la misma en el lapso de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. Por lo anterior, en el auto de catorce (14) de enero de 2010 ya mencionado se decidió lo siguiente:

"PRIMERO.- ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se ponga en conocimiento del Instituto de Seguros Sociales el contenido del expediente de Tutela T-2.424.530, para que dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie acerca de las pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela.

(…) TERCERO.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, responda los siguientes interrogantes, adjuntando los respectivos soportes documentales en medio físico y magnético:

1) ¿El señor Reinaldo Sosa López ha estado o está afiliado al Instituto de Seguros Sociales? Si la respuesta anterior es afirmativa, se deberá indicar con exactitud los periodos de tiempo correspondientes.

2) ¿El señor Reinaldo Sosa López ha cotizado al Instituto de Seguros Sociales en el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2002 y el 17 de abril de 2005? Si ello fuere así, se deberá indicar a cuantas semanas ascienden estos aportes, a que periodo de cotización pertenecen y cuando fueron cancelados, sin importar que el pago haya sido extemporáneo".

Según constancia de la Secretaría General de esta Corporación, de fecha veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010), dentro del término otorgado no se recibió comunicación alguna de parte del Instituto de Seguros Sociales [28] .

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS Competencia 1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico 2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si Porvenir S.A. vulneró el derecho fundamental a la seguridad social del petente al negarse a reconocerle su pensión de invalidez.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la protección especial que se le otorga a las personas discapacitadas tanto en el ámbito internacional como nacional, (ii) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (iii) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez, (iv) el reconocimiento de la pensión de invalidez en caso de mora en el pago de los aportes por parte del empleador y (v) el caso concreto.

Protección especial que se le otorga a las personas discapacitadas tanto en el ámbito internacional como nacional. Precisión sobre los términos discapacidad e invalidez 4.- La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad [29] ha definido de la siguiente manera el término discapacidad:

"Artículo I. 1. Discapacidad. El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social".

5.- La Observación General No. 5 [30] sobre los derechos de las personas con discapacidad [31] emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, a su turno, que las personas con discapacidad han de ser protegidas y promovidas mediante programas y leyes generales, así como por medio de programas y normatividades de finalidad específica. De esta manera, surge un claro deber para los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC [32] -, consistente en la búsqueda de la realización progresiva de los derechos consagrados en favor de la población con discapacidad, así como la eliminación de las desventajas estructurales, mediante la adopción de acciones afirmativas tendentes a lograr el acceso, en igualdad de condiciones que el resto de la población, a los derechos económicos, sociales y culturales.

6.- Hasta aquí es factible constatar las exigencias que en relación con la protección de los derechos de aquellas personas que sufren algún tipo de discapacidad, bien sea ésta de carácter permanente o transitorio, se derivan del derecho internacional de los derechos humanos. No sucede cosa diferente dentro del ordenamiento jurídico colombiano en donde se manifiesta una especial preocupación por las personas colocadas en circunstancias de indefensión y se ordena adoptar un conjunto de medidas para protegerlas. Lo anterior se confirma cuando se realiza una lectura de los incisos 2º y 3º del artículo 13 superior, según cuyo tenor:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Constitución Nacional establece que:

“el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Así mismo, el artículo 54 superior preceptúa de manera expresa el deber del Estado de “... garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” , y el artículo 68, determina en su último inciso que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

7.- Con fundamento en las normas citadas, la sentencia T-884 de 2006 [33] resume de manera atinada el sentido y alcance de la protección consignada a favor de las personas discapacitadas en tanto grupo de especial protección constitucional. Así las cosas, la Constitución Nacional en sus artículos 13, 47, 54 y 68:

“impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y “la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”, así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales”.

8.- A partir de lo mencionado en los párrafos que anteceden, se deriva la obligación del Estado colombiano - acogido de manera expresa en el texto constitucional y reforzado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos -, de ofrecer una protección especial a las personas colocadas en situación manifiesta de debilidad económica, física o psíquica.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido también de manera reiterada en esa protección. Ha dicho al respecto, que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria [34] . Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar - en la medida de lo factible - esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

De conformidad con la línea de argumentación expuesta, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto [35] .

9.- En este punto resulta de suma relevancia establecer quienes son los titulares de esa especial protección estatal. Frente a ello en la sentencia T-198 de 2006 se especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo:

“se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.” Así lo ha entendido el legislador, al redactar el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que prescribe “ ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo 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.” Con base en lo antedicho, se puede interpretar que la idea de limitación pone de presente un panorama genérico al que pertenecen todos los sujetos que han sufrido una mengua por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales.

Por otra parte, la discapacidad, especie dentro de este género, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de ‘persona impedida’ y ‘persona con discapacidad’, respectivamente. Por último, la invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral, lo que presupone la valoración de la merma [36] .

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela 9.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “ Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social ” [37] .

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social [38] . El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“ Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes ”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

10.- Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social [39] .

11.- De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela . Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad” [40] .

12.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva [41] .

El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

13.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que todos los derechos constitucionales son fundamentales [42] 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. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa.

Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

14.- Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de invalidez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan.

Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas [43] .

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

En este sentido, la Corte ha señalado que sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario , si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado [44] , previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión [45] .

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de invalidez-, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo , siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

La procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez 15.- De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación [46] , la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social..

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución [47] , pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social [48] .

16.- Sin embargo, la jurisprudencia constante de esta Corporación [49] , con base en el artículo 86 de la Constitución, también ha indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia. En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

17- Concretamente, en aquellos casos en los que se reclama el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de una persona que ha sido calificada como inválida por superar el cincuenta (50%) de incapacidad laboral, se ha considerado que:

“el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, según lo ha establecido el artículo 47 del texto constitucional, el Estado debe ofrecer a las personas que padecen disminuciones de orden físico, sensorial o síquico un tratamiento privilegiado, obligación en la cual se encuentra comprendido el deber de ofrecer a los discapacitados la ‘atención especializada que requieran’. En idéntico sentido, el artículo 13 superior consagra la obligación en cabeza del Estado de promover las condiciones que procuren una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo cual supone la adopción de ‘medidas a favor de grupos discriminados o marginados’. En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se haya en condiciones de acentuada indefensión (…) En conclusión, el juez de tutela debe considerar la especial situación de desamparo en que se encuentra la persona que realiza este tipo de solicitudes, pues, en principio, padece de una lesión que ha afectado su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%; tal circunstancia lleva a concluir que en la mayoría de estos casos la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios se torna desproporcionada y ofende la dignidad humana de estas personas , por lo que el rigor del principio de subsidiariedad debe ser matizado de cara a la urgencia de dar protección a sus derechos fundamentales” [50] (subrayado fuera del texto original).

. De conformidad con lo expuesto es posible sostener que, en principio, los mecanismos legales ordinarios, debido a su duración y a los costos económicos que implican, no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos

fundamentales de las personas que han sido calificadas como invalidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez. Ello porque su condición y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud, una limitante para el acceso o la continuidad en el mercado laboral y una situación económica difícil para el afectado(a) y su núcleo familiar por la falta de ingresos. En este orden de ideas, la acción de tutela es procedente en este tipo de casos como mecanismo definitivo, salvo que se compruebe que, a pesar de la negativa de la pensión, la persona cuenta con los medios económicos para asumir y aguardar los resultados del proceso ordinario sin compromiso de sus derechos fundamentales y los de su familia.

Con base en lo anterior, diferentes Salas de Revisión han reconocido pensiones de invalidez de forma definitiva a personas inválidas. Por ejemplo, en la sentencia T-075 de 2009, la Sala Sexta de Revisión concedió el amparo a una señora que contaba con 67 años y 88,6% de incapacidad laboral, cuyo único ingreso económico era el salario por lo que al perder su capacidad laboral quedó sin poder realizar alguna actividad que le permita subsistir dignamente. Allí se argumentó que "(…) resultaría ineficaz someter el caso al proceso ordinario, en la medida que aquel sería inoportuno para garantizar los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital, puesto que se probó en debida forma la ausencia de medios económicos, estar enferma y tener una edad avanzada, indicios que de acuerdo a la sana critica permiten deducir que no podría subsistir de manera digna el tiempo que tarde un litigio ordinario. Repárese en que el demandante tendría que soportar la duración del proceso ordinario sin contar con un medio de subsistencia, pues lo que sería objeto de demanda es, precisamente, la pensión de invalidez. Por lo anterior, la Sala encuentra procedente conceder la tutela como mecanismo definitivo, dadas las condiciones de enfermedad y edad de la demandante (…)".

De forma similar, esta misma Sala de Revisión, con ocasión de la sentencia T-217 de 2009, ordenó reconocer la pensión de invalidez a una señora de 60 años que sufrió una pérdida de capacidad laboral del 69% debido a la enfermedad renal crónica terminal que padecía, la cual, a su vez, le impedía valerse por si misma y trabajar. En esa ocasión se consideró "(…) las particulares condiciones de desprotección en las que se encuentra la señora las cuales apuntan a su efectivo reconocimiento como sujeto de especial protección, hacen evidente que en el caso concreto las acciones judiciales propias de la jurisdicción laboral, debido a la dilación de su procedimiento, no constituyen un instrumento efectivo para la garantía del derecho a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana. En efecto, a partir de las consideraciones antes expuestas, estima la Sala que la acción de tutela es el medio más eficaz e idóneo que el proceso ordinario para lograr la protección de los derechos alegados".

Así mismo, la Sala Séptima de Revisión, en la sentencia T-145 de 2008, amparó los derechos fundamentales de un señor de 68 años de edad a quien se le había determinado un 66.05% de pérdida de capacidad laboral sin ingresos para subsistir porque su estado de invalidez le impedía desempeñar una actividad laboral que le procurara sustento. Dijo la Sala que "(…) por el estado de invalidez del accionante los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos para obtener el restablecimiento de sus derechos fundamentales (…) durante el trámite de la acción de tutela las entidades accionadas no desvirtuaron las afirmaciones del señor Rivadeneira Téllez sobre su precaria situación económica y la discapacidad que le impide trabajar y conseguir recursos para su digna subsistencia, situación que implica seria afectación de su derecho fundamental al mínimo vital y, por ende, conlleva para él un perjuicio irremediable, que posibilita un pronunciamiento de fondo en relación con la solicitud de pensión de invalidez".

18.- Ahora bien, según la jurisprudencia constitucional además de verificar las condiciones del peticionario(a) con el fin de determinar si los mecanismos ordinarios son idóneos y eficaces, es indispensable que la orden de amparo consistente en el reconocimiento de una pensión de invalidez esté precedida por la verificación de que, en el caso concreto, se cumplen con los requisitos legales para ello.

En algunas ocasiones, diferentes Salas de Revisión han optado por negar la tutela con base en que, a pesar de la difícil situación económica y la condición de invalidez del actor(a), no se satisfacen las exigencias legales para acceder a la

prestación solicitada [51] .

El reconocimiento de la pensión de invalidez en caso de mora en el pago de los aportes por parte del empleador 19.- De forma consistente [52] , esta Corporación ha indicado que “las entidades administradoras de pensiones no pueden negar a un trabajador la pensión a que tiene derecho con el argumento del incumplimiento del empleador en el pago de los aportes, pues al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad e imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder” [53] .

20.- La regla jurisprudencial expuesta se refuerza si se tiene en cuenta que, precisamente, con el fin de evitar que la mora en la transferencia de los aportes pueda afectar directamente los derechos fundamentales de quien ha completado los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, el legislador ha consagrado mecanismos para que las entidades administradoras del régimen de salud cobren dichos aportes y sancionen su pago extemporáneo, como medio para corregir el funcionamiento del sistema de seguridad social integral y no desproteger al afiliado. Así, los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 [54] consagran mecanismos específicos relacionados con la sanción por mora y las acciones de cobro contra el empleador. Por su parte, sobre dicha obligación, los artículos 20 y 24 del Decreto 1406 de 1999, establecen los plazos para presentar los aportes y el Decreto 2633 de 1994, reglamentario de los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993, establece acciones para el cobro [55] .

Con fundamento en las normas legales y reglamentarias mencionadas, la jurisprudencia constitucional ha concluido que “es claro que la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la tarea de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales para solventar las situaciones en mora y las faculta para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución [además] estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización” [56] .

Caso concreto 21.- En el presente asunto, el señor Reinaldo Sosa López considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por Porvenir S.A., entidad que se negó a reconocerle la pensión de invalidez- La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si los derechos fundamentales presuntamente vulnerados son susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada [57] .

Como se expuso, en el caso del derecho a la pensión de invalidez, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo ya se ha efectuado por parte del legislador, principalmente mediante la ley 100 de 1993, lo que hace que el derecho a la pensión de invalidez sea susceptible de protección mediante la acción de tutela .

22.- La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez pues el legislador ha establecido para ello un escenario judicial concreto: la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social. De modo tal que

es necesario analizar si, en este caso, se presenta alguna de las excepciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado para el reconocimiento de pensiones de invalidez por medio de acción de tutela.

Esta Sala, en contravía de lo expresado por los jueces de instancia, considera que en esta oportunidad el mecanismo ordinario no es idóneo y eficaz según los factores valorados por esta Corte, razón por la cual la acción de tutela de la referencia es procedente de forma definitiva.

Como se vio, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el señor Sosa, han sido calificadas como invalidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud, una limitante para el acceso o la continuidad en el mercado laboral y una situación económica difícil por la falta de ingresos.

Todo ello se verifica en el asunto de la referencia. Así, el peticionario tiene “una lesión en el nervio ciático mayor derecho” y una “limitación en los arcos de movilidad articular en la columna dorso lumbar” y padece de “artrosis en la cadera derecha” [58] , todo lo cual le produjo una pérdida del 50.99% de su capacidad laboral [59] , porcentaje que le da la calidad de inválido. Si a su estado de salud, que le ha impedido volver al mercado laboral, se suma la falta de reconocimiento de su pensión [60] , se hace palmaria la crisis económica que atraviesa en vista de que no posee ingreso alguno, como el actor lo relata en el escrito de tutela [61] y en la declaración juramentada ante notario que envió a esta Corporación durante el trámite de revisión a solicitud del Magistrado Sustanciador [62] .

En este orden de ideas, es evidente que el señor Sosa no cuenta con los medios económicos para asumir y aguardar los resultados del proceso ordinario sin compromiso de sus derechos fundamentales.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si el derecho fundamental del peticionario a la seguridad social han sido vulnerado por el demandado.

23.- Porvenir S.A. se niega a reconocer la pensión de invalidez del señor Sosa con fundamento en que no reúne uno de los requisitos legales para acceder a tal prestación. La exigencia presuntamente insatisfecha es la contenida en los numerales 1 y 2 del artículo 39 de la ley 100 de 1993, que fue reformado por el artículo 1 de la ley 860 de 2003, cual es haber cotizado cincuenta (50) semanas durante los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que en este caso comprenden desde el diecisiete (17) de abril de dos mil dos (2002) hasta el diecisiete (17) de abril de dos mil cinco (2005).

Sin embargo, encuentra la Sala que de las pruebas que reposan en el expediente es posible concluir que el peticionario si cumple con el requisito mencionado.

24.- En efecto, durante el trámite de revisión el demandado reconoció que el señor Sosa aportó a esa administradora treinta (30) semanas de cotización correspondientes al periodo comprendido entre marzo y septiembre de 2004 [63] .

Aunque estos aportes fueron cancelados extemporáneamente por parte del empleador –Cootrasercar-, esta Corporación ha señalado insistentemente que la mora en el pago de las cotizaciones no autoriza la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez por dos razones. En primer lugar, porque “ al trabajador se le descuentan estas sumas directamente de su salario mensual y no resulta justo que deba soportar tan grave perjuicio por una falta completamente ajena a su voluntad e imputable directamente a su empleador y por la cual aquel debe responder” . En segundo lugar, en vista de que “la ley atribuye a las entidades administradoras de pensiones la tarea de exigir al patrono la cancelación de los aportes pensionales para solventar las situaciones en mora y las faculta para imponer las sanciones a que haya lugar, no siendo posible a aquellas alegar a su favor su propia negligencia en la implementación de esa atribución”.

Por lo anterior, “estando la entidad administradora facultada para efectuar el cobro de lo que por concepto de aportes le adeuda el empleador y no habiéndolo hecho, una vez aceptado el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización” [64] , tal como sucede en el asunto de la referencia.

25.- A esas treinta (30) semanas de cotización, deben ser sumadas las veinticuatro (24) que el señor Sosa ha aportado al Instituto de Seguros Sociales correspondientes a los meses de octubre de 2004 a abril de 2005 [65] , para un total de cincuenta y cuatro (54) semanas de cotización en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

La adición referida está autorizada por las reglas del Decreto 3995 de 2008 expedido para solucionar los problemas que se presentan cuando una persona esta afiliada al régimen de prima media con prestación definida –administrado por el Instituto de Seguros Sociales- y al régimen de ahorro individual –administrado por los Fondos de Pensiones-, circunstancia denominada multiafiliación. Tal es la situación del señor Sosa quien estuvo afiliado desde mayo de 1985 hasta mayo de 2001 al Instituto de Seguros Sociales [66] , fecha en la que se trasladó a Porvenir S.A.

[67] . Sin embargo, sin previo traslado [68] , volvió a hacer aportes al Instituto de Seguros Sociales desde octubre de 2004 hasta mayo de 2005 [69] y en los meses de agosto de 2005, agosto de 2006 y noviembre de 2006 [70] .

A partir de enero de 2007, inició nuevamente las cotizaciones a Porvenir S.A. [71] Específicamente para el caso de las pensiones de invalidez, el artículo 6 del decreto mencionado prescribe que:

“Articulo 6°. Múltiple Vinculación en casos de Siniestros. Las prestaciones que se deriven de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados que se encuentren en cualquiera de las situaciones señaladas en este Decreto, deberán ser reconocidas y pagadas por la entidad administradora ante la cual se hayan realizado efectivamente las cotizaciones a la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.

Si a dicha fecha el trabajador no estuviera cotizando, las respectivas prestaciones serán reconocidas y pagadas, si se cumplen los requisitos establecidos por la ley para tener derecho a éstas, por la administradora ante la cual se efectuó la última cotización antes de la fecha de ocurrencia de la muerte o estructuración de la invalidez.

Si cumplido el procedimiento anterior no puede determinarse la administradora responsable de la prestación, porque coinciden cotizaciones realizadas a otras administradoras a esa fecha, la administradora responsable será aquella ante la cual se haya efectuado la última vinculación válida ” (subrayas fuera del texto original) .

Como se deriva del acervo probatorio, el aparte subrayado contiene la regla aplicable en esta oportunidad ya que para el diecisiete (17) de abril de dos mil cinco (2005), fecha de estructuración de la invalidez del señor Sosa, éste había efectuado cotizaciones tanto al Instituto de Seguros Sociales como a Porvenir S.A. En este sentido, la responsable de la prestación pensional, según las reglas del decreto 3995 de 2008, es Porvenir S.A. pues la última vinculación válida se hizo ante ella. Las cotizaciones hechas al Instituto de Seguros Sociales se efectuaron sin previo traslado como lo manifestó a esta Sala Porvenir S.A. al advertir que “ desde esa fecha [la de afiliación] no tenemos evidencia de que el afiliado haya realizado un traslado a otra entidad” [72] .

Una vez determinada la entidad responsable de la pensión de invalidez, de conformidad con la misma norma ya referida, el Instituto de Seguros Sociales debe proceder a entregarle “las sumas correspondientes al riesgo de vejez junto con sus valorizaciones y el bono pensional, si a éste hay lugar, además de la información completa de la historia laboral” .

Con base en estas consideraciones, queda demostrado que el señor Reinaldo Sosa cumple con el requisito de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración de su invalidez, razón por la cual la falta de reconocimiento de la pensión solicitada resulta injustificada y constituye una violación a su derecho fundamental a la seguridad social por parte de Porvenir S.A.

26.- De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla en la acción de tutela instaurada por Reinaldo Sosa López contra Porvenir S.A. y concederá de manera definitiva el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del actor.

En consecuencia, ordenará al Instituto de Seguros Sociales que traslade los aportes hechos por el peticionario a esa entidad y la información completa de la historia laboral del mismo a Porvenir S.A. en los términos del decreto 3995 de 2008.

Así mismo, ordenará a Porvenir S.A. que, una vez hecho el traslado de los recursos y la información por parte del Instituto de Seguros Sociales, reconozca la pensión de invalidez al accionante.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- REVOCAR por las razones expuestas el fallo de segunda instancia proferido por Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Barranquilla en la acción de tutela instaurada por Reinaldo Sosa López contra Porvenir S.A. y, en consecuencia, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del peticionario.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, traslade los aportes hechos por Reinaldo Sosa López a esa entidad y la información completa de la historia laboral del mismo a Porvenir S.A. en los términos del decreto 3995 de 2008.

Tercero.- ORDENAR a Porvenir S.A. que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al traslado de los recursos y la información de que trata el numeral anterior, reconozca la pensión de invalidez a Reinaldo Sosa López.

Cuarto: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] [1] Folio 16, cuaderno 1.

[2] Folio 7, cuaderno 1. [3] Folio 16, cuaderno 1. [4] Ibídem. [5] Ibídem. [6] Ibídem. [7] Folio 17, cuaderno 1. [8] Folio 23, cuaderno 1. [9] El actor adjunta el comprobante de la consignación realizado por la empresa Cootrasercar de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre de 2004. Folios 13-15, cuaderno 1.

[10] El peticionario adjunta un reporte de semanas cotizadas en las que aparecen los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2004 y enero de 2005, además de la autoliquidación realizada por la empresa Cootrasercar de los meses de febrero, marzo y abril de 2005. Folios 9-12 y 25-26, cuaderno 1.

[11] Folio 2, cuaderno 1. [12] Folio 33, cuaderno 1. [13] Folio 33, cuaderno 1. [14] Folio 3, cuaderno 1. [15] Folios 36-37, cuaderno 1. [16] Folio 40, cuaderno 1.

[17] Folio 42, cuaderno 1. [18] Folio 55, cuaderno 1. [19] Folio 61, cuaderno 1. [20] Folio 60, cuaderno 1. [21] Folio 10, cuaderno 2. [22] Folios 14- 28, cuaderno principal.

[23] Folio 28, cuaderno principal. [24] Folios 29-35, cuaderno principal. [25] Folio 29, cuaderno principal. [26] Folio 30, cuaderno principal.

[27] Folio 30, cuaderno principal. [28] Folio 36, cuaderno principal. [29] Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999 e incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002. Dicha ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2003.

[30] En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

[31] Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párrafo 34. [32] Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. [33] Reiterada por la sentencia T-093 de 2007.

[34] Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-378 de 1997. [35] Sentencia T-841 de 2006. [36] ARTÍCULO 41 de la Ley 100 de 1993: CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias.

[37] Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “ 26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas .

27.De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales ” (…) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

[38] (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad ”;

(ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “ Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social ”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “ Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia ”;

(iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “ Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes ”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

[39] Sentencia C-623 de 2004 [40] Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992. [41] Víctor Abramovich, Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

[42] Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

[43] Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001 [44] Sentencia T-016-07. [45] Ibídem. [46] Sentencias T-217 de 2009, T-121 de 2009, T-115 de 2009, T-075 de 2009, T-063 de 2009, T-650 de 2008, T-145 de 2008, T-641 de 2007, T-093 de 2007 y T-043 de 2007 entre otras.

[47] “Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

[48] ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (…) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

[49] Sentencias T-217 de 2009, T-121 de 2009, T-115 de 2009, T-075 de 2009, T-063 de 2009, T-650 de 2008, T-145 de 2008, T-641 de 2007, T-093 de 2007 y T-043 de 2007 entre otras.

[50] Sentencia T-580 de 2007, reiterada por la sentencia T-145 de 2008. En similar sentido, la sentencia T-741 de 2007. [51] Sentencias T-063 de 2009, T-115 de 2009 y T-121 de 2009, entre otras.

[52] Sentencias T-075 de 2009, T-1203 de 2008, T-236 de 2008 y T-143 de 1998, entre otras. [53] Sentencia T-1203 de 2008. [54] Sobre el particular los artículos 23 y 24 de la ley 100 de 1993 disponen lo siguiente:

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

Y el artículo 24 estipula: “Acciones de Cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la

reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo".

[55] El artículo 5° del Decreto 2633 de 1994 establece lo siguiente: "Del cobro por vía ordinaria. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades Administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que esta disponga, con carácter general; sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. // " Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993." [56] Sentencia T-1203 de 2008.

[57] Fundamento 14 de esta sentencia. [58] Folio 16, cuaderno 1. [59] Folio 16, cuaderno 1. [60] Folio 23, cuaderno 1. [61] Folio 33, cuaderno 1.

[62] Folio 28, cuaderno principal. [63] Folio 30, cuaderno principal. [64] Sentencia T-1203 de 2008. [65] El peticionario adjunta un reporte de semanas cotizadas en las que aparecen los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2004 y enero de 2005, además de la autoliquidación de los meses de febrero, marzo y abril de 2005. Folios 9-12 y 25-26, cuaderno 1.

[66] Folio 25. cuaderno 1. [67] Folio 29, cuaderno principal. [68] En los documentos recibidos en el trámite de revisión, Porvenir S.A. advierte que "desde esa fecha [la de afiliación] no tenemos evidencia de que el afiliado haya realizado un traslado a otra entidad".

Folio 29, cuaderno principal. [69] El peticionario adjunta un reporte de semanas cotizadas en las que aparecen los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2004 y enero de 2005, además de la autoliquidación de los meses de febrero, marzo y abril de 2005. Folios 9-12 y 25-26, cuaderno 1.

[70] Folio 26, cuaderno 1. [71] Folio 34, cuaderno principal. [72] Folio 29, cuaderno principal.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.