

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL – Es de carácter legal, pero adquiere la categoría de fundamental por conexidad / Tutela – Procedencia para el pago de mesadas pensionales / MESADA PENSIONAL – Procedencia de la acción de tutela para su pago / MINIMO VITAL – Afectación

El derecho a la seguridad social es de carácter legal pero adquiere la categoría de derecho fundamental, por conexidad, cuando su vulneración afecta derechos constitucionales como la vida, el mínimo vital y móvil, la salud y la subsistencia digna, situación que hace posible su protección a través de la acción de tutela. En forma reiterada se ha señalado que procede el amparo del derecho de los pensionados a recibir el pago puntual y el reajuste periódico de sus mesadas cuando éstas constituyen la única fuente de recursos con la que cuentan para subvenir sus necesidades básicas y las de su familia, o cuando la falta de pago de aquéllas afecta su mínimo vital, pues tal situación desconoce los postulados básicos del Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana.

Nota de relatoría: Sentencias CE, S4, Rad. 2006-01402(AC), 2007/03/01, M.P. Héctor J. Romero Díaz; CE, S2, Rad. AC-01915, 2007/09/27, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; CC, Rad. T-136, 2006/02/23, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T- 1329, 2005/12/15, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

REQUISITO DE INMEDIATEZ EN TUTELA – Finalidad / REQUISITO DE INMEDIATEZ – Se exceptúa por justa causa

Para el *a quo*, la tutela no cumplió el requisito de inmediatez, por el simple transcurso de un año y siete meses entre la formulación de ésta y la suspensión del pago de la pensión. Sin embargo, es evidente que el actor no se encontraba en capacidad de ejercer la defensa de sus derechos, pues, la enfermedad que padece se manifiesta por la pérdida de la facultad cognoscitiva, entre otras de sus funciones mentales. Si bien es cierto, la acción de tutela debe interponerse de forma inmediata, por cuanto la afectación de derechos fundamentales demanda la intervención urgente del juez constitucional, además, con ello se busca sancionar la incuria de los interesados en la defensa de sus intereses y evitar la afectación de la seguridad jurídica respecto de terceros de buena fe, también es verdad que en circunstancias como la del *sub lite*, en virtud de la cual el actor no tenía conciencia sobre la vulneración de sus derechos, debido a su deficiencia mental –Alzheimer-, no puede denegarse la solicitud de amparo por el simple paso del tiempo, toda vez que existe una causa que justifica la inactividad del demandante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá, D.C, veintisiete (27) de mayo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-15-000-2008-01054-01(AC)

Actor: ANTONIO JOSÉ URIBE ACOSTA

Demandado: FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS –FOPEP Y OTROS.

Referencia: SEGUNDA INSTANCIA - FALLO

Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por la parte actora contra la sentencia de 4 de noviembre de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda- Subsección “B” que negó la tutela.

1.- ANTECEDENTES

Antonio José Uribe Acosta, representado por su hija **Adriana María Uribe Moreno**, quien fue reconocida como su curadora provisional, promovió acción de tutela mediante apoderado contra el FOPEP (Fondo de Pensiones Públicas), la Superintendencia de Notariado y Registro, CAJANAL (Caja Nacional de Previsión Social EICE) y Famisanar EPS, para que se protegieran sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y salud.

2.- PETICIÓN Y FUNDAMENTOS

El accionante solicitó el amparo de los mencionados derechos fundamentales, para lo cual pidió que:

- Se ordenara al FOPEP que restablezca inmediatamente el pago de las mesadas pensionales.
- Se conminara al Fondo, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a CAJANAL a que paguen la mesadas adeudadas, en un término prudencial.
- Se reanudara la prestación del servicio de salud a cargo de Famisanar EPS.

Las anteriores peticiones se fundaron en los hechos que se compendian, así (fls. 3 y 4):

2.1. El actor estuvo vinculado a la Superintendencia de Notariado y Registro;

en virtud de dicha relación obtuvo el reconocimiento de la pensión de jubilación.

2.2. Disfrutó de la pensión hasta marzo de 2007, cuando con ocasión del mal de Alzheimer se afectó su memoria y padeció trastornos de conducta, por lo que no volvió a cobrar las mesadas por olvido. En consecuencia, trascurridos 3 meses FOPEP suspendió el pago de la prestación; igualmente, Famisanar EPS dejó de prestarle los servicios médicos por mora en los aportes.

2.3. Afirmó Adriana María Uribe Moreno que desconocía la situación de su padre porque no vivían juntos.

2.4. En la actualidad el actor reside en el Hogar Geriátrico *Pura Vida* de Chía. Los gastos de manutención corren por cuenta de la hija, quien no los puede seguir sufragando por su elevado costo.

2.5. La hija ha intentado reactivar el pago de la pensión ante el FOPEP, para ello le exigen una carta firmada por el pensionado, con reconocimiento de firma ante notario; éste documento no se ha podido obtener debido al estado de salud del actor. Incluso, al hogar geriátrico fue un Notario, quien se abstuvo de adelantar el trámite por la mencionada razón.

2.6. La hija adelanta proceso ante el Juez Tercero de Familia de Bogotá para que se declare la interdicción del accionante y se le designe como curadora.

2.7. El actor tiene 86 años, su estado de salud es delicado y requiere un tratamiento especializado, cuyo costo escapa a las posibilidades económicas de la hija.

3. OPOSICIÓN

3.1. La representante legal de Famisanar EPS pidió que se declarara improcedente la tutela para lo cual adujo:

Suspendió la afiliación del actor desde marzo de 2007, de acuerdo con el Decreto 806 de 1998 [57], por mora en el pago de los aportes de la administradora de pensiones, de manera que a ésta le corresponde garantizar la prestación del servicio de salud al demandante, sin perjuicio de la obligación que tiene para solventar las sanciones y cuotas adeudadas,

según los artículos 210 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Según la jurisprudencia constitucional, la interrupción de la prestación de los servicios de salud en casos como el *sub lite*, conlleva el desplazamiento de la responsabilidad de dicha atención al obligado a pagar los aportes, es decir, al empleador o administradora de pensiones, por lo que no es constitucional, que por vía de tutela, se ordene a la EPS la prestación del servicio, y, con ello se premie la actitud negligente de quien debía cotizar.

La Ley 100 de 1993 [161] dispone como obligación del empleador o de la administradora de pensiones el pago oportuno de cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud; por tanto, la retención injustificada de estos dineros es un delito toda vez que se trata de recursos parafiscales con destinación específica (fls. 37 a 42).

3.2. El Gerente General del FOPEP solicitó que se declarara improcedente la tutela porque no ha vulnerado ningún derecho del actor; fundamentó su defensa en los argumentos que se resumen así:

La entidad es una administradora fiduciaria del Fondo de Pensiones Públicas a nivel nacional, encargada únicamente del pago de las mesadas, de acuerdo con el reporte de los fondos o de las cajas de previsión social.

En consecuencia, es un organismo diferente de CAJANAL, pues, ésta resuelve solicitudes de reconocimiento de prestaciones mediante actos administrativos y pone en conocimiento del Fondo las novedades de los afiliados, tales como inclusión en nómina, suspensión de la pensión, cambios en el monto de la prestación, etc.

El actor devengaba la pensión bajo la modalidad de retiro por ventanilla en cuenta registrada, el pago de la mesada fue suspendido por la falta de cobro durante 3 meses, medida de seguridad que buscaba asegurar los recursos del pensionado.

Como el accionante alega que padece la enfermedad de Alzheimer, para reanudar el pago de la prestación y solventar las mesadas atrasadas, debe allegar la sentencia que declare la interdicción judicial y que designe curador (fls. 47 a 50).

3.3. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro indicó que el actor prestó sus servicios al ente desde el 1 de abril de 1971 hasta el 31 de marzo de 1978 y que cotizó para pensión en CAJANAL; por tanto, le corresponde a esta entidad resolver sobre la suspensión del pago de las mesadas (fls. 61 a 64).

4. EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda- Subsección “B”, en fallo de 4 de noviembre de 2008, negó la tutela.

Estimó que la suspensión del pago de la pensión obedeció a la culpa exclusiva del actor, quien no cobró la prestación durante el lapso de 3 meses (Decreto 2751 de 2002 [3]), además que aquél no ha solicitado al FOPEP la reanudación del pago.

Consideró que como transcurrió un año y siete meses desde que el tutelante dejó de cobrar la prestación hasta que formuló la acción de tutela, ésta deviene improcedente por falta de inmediatez (fls. 77 a 85).

5. IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte actora impugnó el fallo por las siguientes razones:

El Tribunal desconoció la situación del actor por cuanto no tuvo en cuenta su estado de salud ni analizó la protección especial que se le debe proporcionar tanto por su edad como por su enfermedad.

Al estudiar la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, el *a quo* únicamente constató el lapso que transcurrió desde que el tutelante dejó de cobrar la pensión hasta que formuló la acción, pero no se percató de que con ocasión de la enfermedad aquél no estaba en capacidad de promover la defensa de sus derechos (fls. 93 a 98).

6. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto de 22 de enero de 2009 se ordenó insistir en la notificación a CAJANAL, toda vez que de los informes secretariales del Tribunal se

evidenció que dicha entidad no fue debidamente vinculada a la actuación; también se solicitó a la entidad que rindiera informe sobre los hechos de la demanda (fl. 118).

- Ante el silencio de la entidad, la anterior orden se reiteró en providencia de 9 de marzo de 2009, en la que se le requirió bajo los apremios de ley (fl. 129).

- Por escrito de 5 de mayo de 2009, la Subgerencia de Prestaciones Sociales de CAJANAL informó que suspendió el pago de la pensión del actor desde mayo de 2007 por falta de cobro. También, señaló que el FOPEP remitió copia del auto del Juez Tercero de Familia de Bogotá de 24 febrero de 2009, en el que se designó como curadora provisional del actor a Adriana María Uribe Moreno.

La Caja adujo que hasta la fecha el Grupo de Nómina de Prestaciones de la entidad no había proferido acto administrativo que ordenara el pago de la prestación a la curadora (fls. 147 a 149).

- Por auto de 14 de mayo de 2009 se solicitó al Juez Tercero de Familia que remitiera copia de la mencionada providencia (fl. 153).

- En escrito de 19 de mayo el Juez remitió copia de la providencia, mediante ésta se designó a Adriana María Uribe Moreno como curadora provisional del actor; también adjuntó copia del acta de posesión (fls. 158 y 159).

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La procedencia de la acción de tutela, por mandato constitucional (artículo 86 [4] C.P.), está condicionada, entre otras exigencias, a que no se disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, se trata de una acción subsidiaria, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, en virtud de su carácter residual, la tutela no puede ser utilizada para reemplazar otras acciones, procedimientos o trámites establecidos para la defensa de los derechos ni siquiera con la excusa de que éstos son demasiado engorrosos o demorados. Si esto no fuera así, desaparecerían todas las acciones judiciales y la de tutela se

tornaría en el único medio para controvertir cualquier diferencia.

Además, la acción de tutela se caracteriza por ser personal, esto es, únicamente puede ser interpuesta por quien tenga interés en la protección de su derecho o por su representante (artículo 86 [1] *ibídem*). Así mismo, debe tenerse en cuenta que el procedimiento es preferencial y sumario; el juez está facultado para proteger el derecho de manera efectiva, a través de órdenes que debe cumplir la persona frente a la cual se pide la tutela, no como restablecimiento del derecho, para lo cual existen las acciones correspondientes, sino como mecanismo para la inmediata garantía del derecho; cuando la situación deba resolverse por el procedimiento ordinario, la protección que se otorgue mediante la tutela es de naturaleza transitoria; finalmente, si la protección que se solicita tiene que ver con hechos o situaciones cumplidas, consumadas e irreversibles, la acción procedente no es la de tutela sino la de reparación por la vía ordinaria, si a ésta hubiere lugar.

De otro lado, esta acción debe dirigirse contra omisiones o actos concretos que estén actualmente ocasionando perturbación de un derecho fundamental, o ésta sea inminente. Si la violación o su amenaza es causada por un acto general, las acciones procedentes son las de ilegalidad o inconstitucionalidad, o la vía exceptiva. Coherentemente, de acuerdo con el artículo 6 [5] del Decreto 2591 de 1991, no es viable recurrir a la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general, pues para ello están previstas las acciones contencioso administrativas.

Descendiendo al asunto objeto de estudio, el accionante solicita que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, para lo cual pide que:

- Se ordene al FOPEP que restablezca inmediatamente el pago de las mesadas pensionales.
- Se conmine al Fondo, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a CAJANAL a que paguen la mesadas adeudadas, en un término prudencial.
- Se reanude la prestación del servicio de salud a cargo de Famisanar EPS.

Una vez cotejado el escrito de impugnación con el material probatorio que obra en el expediente y con el fallo de primer grado, como lo ordena el artículo 32 [2] del Decreto 2591 de 1991 dentro del trámite de segunda instancia, la Sala considera que debe revocar el fallo impugnado y, en su lugar, conceder la tutela como mecanismo transitorio por las siguientes razones:

- Está probado que el actor fue incluido en la nómina de pensionados de CAJANAL, mediante Resolución 8066 de 1979 y que el pago de la pensión fue suspendido desde mayo de 2007, por falta de cobro (fl. 147).
- Igualmente, que el actor tiene 86 años, padece la enfermedad de Alzheimer, según certificado del Psiquiatra José Rodolfo Parra Rincón, quien diagnosticó un cuadro de deterioro cognoscitivo (fl. 109).
- Con ocasión de la enfermedad el actor llegó a encontrarse en estado de indigencia, pues, por su agresividad sus familiares se alejaron. En la actualidad reside en el Hogar Geriátrico *Pura Vida* de Chía (fls. 18 a 25).
- El servicio médico que recibía el actor fue suspendido por Famisanar EPS, dado que desde marzo de 2007 hay mora en los aportes (fls. 37 a 42).
- Adriana María Uribe Moreno, hija del actor, promovió proceso de jurisdicción voluntaria ante el Juez Tercero de Familia de Bogotá para que se declarara la interdicción de aquél. Por auto de 24 de febrero de 2009 se decretó la interdicción provisoria y se designó a la hija como curadora provisional (fls. 158 y 159).

Según la jurisprudencia, el derecho a la seguridad social es de carácter legal pero adquiere la categoría de derecho fundamental, por conexidad, cuando su vulneración afecta derechos constitucionales como la vida, el mínimo vital y móvil, la salud y la subsistencia digna, situación que hace posible su protección a través de la acción de tutela.

En forma reiterada se ha señalado que procede el amparo del derecho de los pensionados a recibir el pago puntual y el reajuste periódico de sus mesadas cuando éstas constituyen la única fuente de recursos con la que cuentan para subvenir sus necesidades básicas y las de su familia, o cuando la falta

de pago de aquéllas afecta su mínimo vital, pues tal situación desconoce los postulados básicos del Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana¹.

En el caso *sub exámine*, la tutela procede como mecanismo transitorio de protección, pues, aunque la curadora como administradora de los bienes del accionante (arts. 428 y ss del Código Civil), puede promover procedimientos administrativos y acciones judiciales para obtener la reanudación del pago de la pensión, se demostró que el tutelante es una persona de la tercera edad (86 años), que padece la enfermedad de Alzheimer, y, que la pensión de jubilación es su única fuente de ingreso, circunstancias que la Sala considera constitutivas de un perjuicio irremediable.

Para el *a quo*, la tutela no cumplió el requisito de inmediatez, por el simple transcurso de un año y siete meses entre la formulación de ésta y la suspensión del pago de la pensión. Sin embargo, es evidente que el actor no se encontraba en capacidad de ejercer la defensa de sus derechos, pues, la enfermedad que padece se manifiesta por la pérdida de la facultad cognoscitiva, entre otras de sus funciones mentales.

Si bien es cierto, la acción de tutela debe interponerse de forma inmediata, por cuanto la afectación de derechos fundamentales demanda la intervención urgente del juez constitucional, además, con ello se busca sancionar la incuria de los interesados en la defensa de sus intereses y evitar la afectación de la seguridad jurídica respecto de terceros de buena fe, también es verdad que en circunstancias como la del *sub lite*, en virtud de la cual el actor no tenía conciencia sobre la vulneración de sus derechos, debido a su deficiencia mental –Alzheimer-, no puede denegarse la solicitud de amparo por el simple paso del tiempo, toda vez que existe una causa que justifica la inactividad del demandante.

Por lo anterior, se accederá a la tutela en forma transitoria, para salvaguardar el mínimo vital del actor y su derecho a la seguridad social. Empero, no se dispondrá el pago de las mesadas adeudadas, porque para ello, como se indicó, la curadora provisoria cuenta con otros mecanismos de defensa, esto es, la presentación de solicitudes ante la Caja de Previsión y el FOPEP y las acciones judiciales, en el evento que dichas entidades se rehúsen al pago.

¹ Entre otras, ver sentencias de 1 de marzo de 2007, C. P., doctor Héctor J. Romero Díaz, Exp. 2006-1402-01, T-471 de 2003 y T-1329 de 15 de diciembre de 2005.

De otra parte, el derecho a la salud tiene rango constitucional y fundamental, pues, crea la base para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad, garantiza a todo ser humano “[...] *mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental [...]*” y permite restablecer las perturbaciones “[...] *en la estabilidad orgánica y funcional del ser [...]*”².

En relación con la suspensión del servicio de salud por la falta de pagos de los aportes a cargo de CAJANAL, el mismo, por las razones dadas, debe reanudarse de inmediato, pues, la Caja tiene la obligación de realizar los aportes a la EPS, según lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 [161].

En consecuencia, se revocará el fallo del *a quo*, en su lugar, se concederá la tutela de forma transitoria y se ordenará a CAJANAL y al FOPEP reanudar el pago de la pensión del actor, así como disponer lo necesario para el restablecimiento del servicio de salud. Los pagos de la prestación los recibirá la curadora provisoria del demandante, conforme al auto de 24 de febrero de 2009 del Juez Tercero de Familia de Bogotá.

Los efectos de este fallo se mantendrán, hasta que el aludido juez decida definitivamente sobre el proceso en el que se demandó la interdicción judicial del actor, de acuerdo con el Decreto 2591 de 1991 [8].

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 4 de noviembre de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Segunda- Subsección “B”, que negó la tutela de **Adriana María Uribe Moreno**, en representación de su padre **Antonio José Uribe Acosta**.

En su lugar:

² Cfr. Sentencias T-597 de 1993, T-1218 de 2004, T-361 de 2007, T-407 de 2008 y de 25 de febrero de 2009, C.P., doctora Ligia López Díaz, exp. 2008-00602-01.

CONCÉDESE la tutela de forma transitoria, en consecuencia, **ordénase** al **FOPEP** y a **CAJANAL** que reanuden el pago de la pensión de **Antonio José Uribe Acosta**, y, que dispongan lo necesario para que se restablezca inmediatamente el servicio de salud a cargo de **Famisanar EPS**. **Adriana María Uribe Moreno** recibirá los pagos de la prestación, dado que fue designada como curadora provisoria del pensionado, según auto de 24 de febrero de 2009 del Juez Tercero de Familia de Bogotá.

Conforme al Decreto 2591 de 1991 [8], los efectos de esta providencia se mantendrán, hasta que el aludido juez **decida definitivamente** el proceso en el que se demandó la interdicción judicial del actor,

ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
PRESIDENTE DE LA SECCIÓN

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ