

Sentencia T-202A/18



Referencia: Expediente T-6.435.791

Demandante: Margarita de Sena Rodríguez Torres, en calidad de agente oficiosa de su hermana Nubia Mercedes Rodríguez Torres

Demandados: Fondo de Pensiones Porvenir S.A., Fondo de Solidaridad Pensional -Consortio Colombia Mayor-, Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional -FONPET-, Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal -UGPP- y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Magistrado Sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo y las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, a su vez, confirmó el dictado por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del expediente T-6.435.791.

Dicho caso fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Once, por medio de Auto del 14 de noviembre de 2017 y asignado a la Sala Quinta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La señora Margarita de Sena Rodríguez Torres, actuando como agente oficiosa de su hermana Nubia Mercedes Rodríguez Torres, presentó acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Fondo de Solidaridad Pensional -Consortio Colombia Mayor-, el Fondo de Pensiones Públicas del

Nivel Nacional -FONPET-, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal -UGPP- y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida digna, a no recibir un trato discriminatorio, a la igualdad, a la honra, a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados por la falta de reconocimiento y pago de la pensión por invalidez que considera le asiste.

2. Hechos

Aunque es confuso el relato de los hechos en la demanda de tutela, a continuación se realiza una síntesis de las situaciones más relevantes, a efectos de facilitar su comprensión.

2.1. La señora Nubia Rodríguez fue diagnosticada desde el 16 de febrero de 2001 con una *“esquizofrenia paranoide crónica y evolución de la misma de 16.5 años, con signos, sintomatología, exacerbaciones, altibajos, colapsos, crisis y recaídas (sic) frecuentes con pronóstico reservado por cuanto ha generado (sic) un síndrome que conlleva a demencia.”*¹, lo cual, en su momento, no le impidió continuar laborando y aportando con fines pensionales.

2.2. Durante su vida laboral prestó sus servicios, entre otros, a la Secretaría de Educación de Cundinamarca, mediante nombramiento en propiedad en los cargos de educadora y coordinadora de área entre los años 2006 a 2009, oportunidad en la que, según la demandante, le fueron descontados los aportes a pensión.

2.3. Entre los años 2006 y 2010 la señora Nubia Rodríguez realizó una investigación en educación especial y, a la par, entre los años 2007 y 2008, solicitó distintas *“licencias no remuneradas (agosto de 2008) de manera frecuente por razones de salud.”*², ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca, que conoció su caso con el propósito de obtener un traslado a otro colegio. Acto seguido manifestó que se le generó hipoacusia por contaminación auditiva, sin referir la fecha del diagnóstico.

2.4. En el año 2009 la declararon insubsistente, por lo que continuó con la investigación de educación especial y, ante su desempleo, contrató a una abogada para que le reclamara las cesantías causadas durante el tiempo que trabajó para la Secretaría de Educación de Cundinamarca, profesional que, a juicio de la demandante, nunca le entregó el dinero y, mediante engaños se aprovechó de su estado mental, para hacerle firmar un paz y salvo por todo concepto y, actualmente, no goza de ingreso alguno.

2.5. Debido a su enfermedad, la señora Nubia Rodríguez salió del país con la intención de someterse a unos tratamientos médicos efectivos, luego de que

¹ Folio 1 del cuaderno 2.

² *Ibíd.*

intentara sin éxito el manejo de su patología por medio de distintos fármacos y especialistas en Colombia.

Así las cosas, manifestó haber sido víctima, en otros países, de unos robos mediante engaños, lo que le generó un estado de shock y amnesia profunda, siendo internada en Chile y repatriada el 7 de abril de 2015, por lo que, en Colombia ha sido tratada en varios hospitales y centros médicos lo que, a juicio de la agente oficiosa, le generó un daño irreversible causado por los medicamentos suministrados en otros Estados, situación que la motivó a radicar un documento el 30 de noviembre de 2015 ante el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., a efectos de que le reconocieran y pagaran la pensión de invalidez en favor de Nubia Rodríguez.

2.6. El 22 de febrero de 2016 la junta médica de Seguros Alfa S.A., le determinó a la señora Nubia Rodríguez una merma física del 65.50%, de origen común, con fecha de estructuración el 7 de julio de 2015 y, en relación con la solicitud prestacional solicitada, señaló la señora Margarita Rodríguez que les dieron otra respuesta referente a unos bonos pensionales por lo que requirió su aclaración, al no guardar relación con lo pedido, como quiera que tergiversaron *“la pensión de invalidez con el bono pensión y pretenden que la suma de los aportes hechos a los Fondos de pensiones por vínculo laboral se deduzcan como bono pensional”*³.

Adicionó la señora Margarita de Sena que ha buscado la mediación de distintas entidades como la Comisaría de la Mujer, la Defensoría del Pueblo, la Personería de Bogotá, el Ministerio de Trabajo, entre otros, sin que se haya recibido una respuesta para solucionar su conflicto.

Agregó que su hermana hasta el año 2000 fue funcional laboralmente, cotizando para acceder a pensiones con *“el Instituto de Seguro Social, Porvenir S.A., el Ministerio de Defensa Nacional y SALUDCOOP”*. Además, fue una atleta *“de alto impacto”* hasta el 2007.

2.7. Por tanto, señaló la agenciante que mediante peticiones presentadas el 20 de septiembre de 2016 y 23 de marzo de 2017, puso en conocimiento de Porvenir el cuadro de salud de su hermana y la necesidad de obtener un reconocimiento pensional por invalidez, solicitud que, a su juicio, se niegan a recibir a pesar de que cuenta con el número de semanas exigidas para consolidar el derecho pensional.

2.8. Ante el daño causado por la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su hermana, la señora Margarita de Sena presentó acción de tutela procurando la protección de sus derechos fundamentales.

3. Pretensiones

³ Folio 2 del cuaderno 2.

La demandante solicita le sean amparados los derechos de su hermana a la vida digna, a no recibir un trato discriminatorio, a la igualdad, a la honra, a la seguridad social y al mínimo vital y, como consecuencia de ello, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que le asiste.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia ampliada de la cédula de ciudadanía de Nubia Mercedes Rodríguez Torres (folio 10 del cuaderno 2).
- Copia de la solicitud que la agenciante remitió a la Procuraduría General de la Nación a efectos de que realizaran un acompañamiento a la petición de pensión por enfermedad laboral en favor de su hermana (folio 11 del cuaderno 2).
- Copia de una respuesta que la Defensoría del Pueblo le dio a una petición que presentó la señora Margarita de Sena Rodríguez, por medio de la cual le asignan una cita con un defensor público especializado en el área civil-familia (folio 12 del cuaderno 2).
- Copia del puntaje del SISBEN asignado a la señora Nubia Mercedes Rodríguez Torres (folio 13 del cuaderno 2).
- Copia del certificado de historia laboral de la señora Nubia Rodríguez, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folios 14 y 15 del cuaderno 2).
- Copia del certificado de información laboral para bono pensional de la agenciada, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional (folio 16 y 17 del cuaderno 2).
- Copia del reporte de semanas cotizadas ante COLPENSIONES por parte de la señora Nubia Rodríguez (folio 18 del cuaderno 2).
- Copia de la relación de aportes mensuales para pensión realizados por la señora Nubia Rodríguez ante el Instituto de Seguro Social (folios 20 y 21 del cuaderno 2).
- Extracto de los aportes realizados por la demandante ante el fondo BBVA Horizonte, del que se advierte que dichas cotizaciones corresponden a unos periodos en los que la señora Nubia Rodríguez trabajó como odontóloga en la EPS SALUDCOOP (folio 22 de cuaderno 2).
- Copia del oficio dirigido por la Jefe de Postacreditación del BBVA Horizonte, dirigido al gerente de operaciones de Porvenir S.A., en el que realiza la aclaración de un cobro de saldo negativo de la señora Nubia Rodríguez (folio 23 del cuaderno 2).
- Copia del historial de semanas cotizadas por la agenciada ante Porvenir S.A (folio 24 del cuaderno 2).
- Copia de la certificación laboral que, en el año 2009, el jefe de personal del Hospital Santa Ana hizo de la señora Nubia Rodríguez, en la que da fe de que prestó sus servicios en esa institución en el cargo de gerente entre noviembre de 1999 y el 10 de enero del 2000, realizándole los descuentos para pensión y salud (folio 25 del cuaderno 2).

- Copia de la constancia que expidieron el 4 de agosto de 1994 las fuerzas militares de Colombia –Ejército Nacional, en la que certifican que la señora Nubia Rodríguez adelantó el servicio social obligatorio de odontología en el grupo de Caballería Reveiz Pizarro, durante el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 1993 y el 30 de abril de 1994.
- Copia de la certificación proferida por la IPS ASINDUCOM en la que refieren que la agenciada prestó sus servicios profesionales como odontóloga desde el 3 de marzo de 1997 al 30 de abril de 1997, sin que en el documento se informe si se le realizaron los descuentos con fines pensionales (folio 27 del cuaderno 2).
- Copia de la resolución que expidió el rector de la Institución Educativa Cerca de Piedra, en la que informa que la señora Nubia Rodríguez laboró en ese colegio, según resolución departamental No. 10521 desde el 16 de diciembre de 2005 y se encuentra a paz y salvo por todo concepto (folio 28 del cuaderno 2).
- Copia de la constancia que expidió la directora nacional de oficinas del Fondo Porvenir S.A., proferida el 9 de octubre de 2008, en la que da fe de que la señora Nubia Rodríguez se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorias a partir del 10 de octubre de 1999 como empleada de la empresa Social del Estado Hospital Santa Ana de Muzo, con un saldo de \$1.866.003, 73 m/cte (folio 29 del cuaderno 2).
- Copia de la calificación de invalidez proferida por la junta médica de Seguros de Vida Alfa S.A., en el que se le determinó una merma laboral del 65,50%, de origen común y con fecha de estructuración 7 de julio de 2015 (folios 30 al 35 de cuaderno 2).
- Copia del poder especial y autenticado que le otorgó la señora Nubia Mercedes Rodríguez Torres a su hermana Dora Constanza Rodríguez Torres, para que en su nombre y representación, realice toda clase de actos requeridos ante Porvenir S.A., en lo relacionado con la pensión de invalidez y cualquier otro en relación con dicho objeto (folio 36 del cuaderno 2).
- Copia de un derecho de petición que dirigieron Nubia y Dora Rodríguez Torres, el 23 de marzo de 2017 ante Porvenir S.A., con la intención de obtener respuesta respecto de unos formularios que diligenciaron el 7 diciembre de 2015 y el 6 de julio de 2016 (folio 39 del cuaderno 2).
- Copia de un oficio en el que las señoras Nubia y Dora Rodríguez solicitan a Porvenir S.A., el 20 de septiembre de 2016, información puntual respecto de las solicitudes que radicaron el 7 diciembre de 2015 y el 5 de julio de 2016 (folios 40 al 42 del cuaderno 2).
- Copia de un oficio que dirigieron ante Porvenir S.A., las señoras Nubia y Dora Rodríguez, el 05 de julio de 2016, en el que solicitaron que se reconsiderara la oferta que les realizaron, al parecer, relacionada con la entrega de un bono pensional y, por el contrario, reiteran su solicitud pensional (folio 43 y 44 del cuaderno 2).
- Fotocopia de un oficio remitido a Porvenir S.A., radicado el 7 de diciembre de 2015, en el que la señora Dora Rodríguez expresa la situación laboral y de salud de su hermana durante los últimos 15 años (folio 45 y 46 del cuaderno 2).

- Copia de la respuesta dada por Porvenir S.A., dirigida el 11 de julio de 2016 a la señora Dora Rodríguez (folio 47 y 48 del cuaderno 2).
- Copia de otra respuesta dada por la Coordinación de Atención Integral a Clientes Porvenir S.A., el 13 de julio de 2016, y remitida a la señora Nubia Rodríguez (folio 49 del cuaderno 2).
- Copia del oficio remitido por el Coordinador de Bonos Pensionales y Aportes de Prima Media de Porvenir S.A., fechado el 30 de junio de 2016 y dirigido a la señora Nubia Rodríguez (folio 50 del cuaderno 2).
- Copia del oficio dirigido por el Coordinador de Bonos Pensionales a la señora Nubia Rodríguez, con fecha 15 de julio de 2016 (folio 51 del cuaderno 2).
- Fotocopia de una respuesta que dio Porvenir S.A., en relación con la pensión de invalidez solicitada por la señora Rodríguez, la cual fue dada el 29 de septiembre de 2016 (folio 52 del cuaderno 2).
- Copia de una certificación expedida por el representante legal de la fundación ASPRODIS en la que indica que la agenciada adelantó y desarrolló una investigación académica en esa institución, la cual inició el 13 de abril de 2006 y finalizó el 18 de abril de 2010 (folio 53 del cuaderno 2).
- Copia de la denuncia que la señora Nubia Mercedes Rodríguez presentó por el delito de “conspiración” ante la Fiscalía Nacional de Chile, la cual fue radicada el 08 de octubre de 2014 (folio 54 al 58 del cuaderno 2).
- Copia de la solicitud de otorgamiento de licencia no remunerada por un mes, entre el 13 de enero de 2009 y el 13 de febrero de la misma anualidad, presentada ante la Secretaría de Educación de Cundinamarca (folio 59 del cuaderno 2).
- Copia de la Resolución No. 005080 del 31 de julio de 2008, suscrita por la Directora Personal de Establecimientos Educativos, mediante la cual le conceden una licencia no remunerada a la señora Nubia Rodríguez, comprendida entre el 4 de agosto y 3 de septiembre de 2008 (folio 60 del cuaderno 2).
- Copia de la Resolución No. 002038, firmada por la Directora de Personal de Establecimientos Educativos del Departamento de Cundinamarca, por medio de la cual le prorrogan una licencia no remunerada a la señora Rodríguez, por el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2009 y el 8 de abril de la misma anualidad (folio 61 del cuaderno 2).
- Copia de una valoración médica que le realizaron a la agenciada en Médicos Asociados S.A., con fecha 29 de mayo de 2008 (folio 66 del cuaderno 2).
- Copia de la valoración que le realizaron a la señora Nubia Rodríguez en el Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz B, de Chile, en el que el médico tratante da un concepto respecto de su condición, el cual fue emitido el 25 de noviembre de 2015 (folios 70 al 72 del cuaderno 2).
- Copia de la nota de admisión psiquiátrica con fecha 22 de mayo de 2004 suscrita luego de que fuera valorada la señora Rodríguez por una institución especializada en Estados Unidos, junto con los datos básicos

de registro relacionados al inicio de su tratamiento de salud (folio 76 del cuaderno 2).

- Copia de distintos documentos que dan constancia de los diagnósticos y tratamientos realizados a la señora Nubia Rodríguez en diferentes periodos de tiempo y con diversas instituciones prestadoras del servicios de salud (folios 129 al 156 del cuaderno 2).

5. Respuesta de las entidades accionadas

5.1. Consorcio FOPEP

Dentro de la oportunidad correspondiente, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, por intermedio de su gerente general, dio respuesta a los requerimientos señalados en la demanda de tutela, indicando que desconoce si la señora Nubia Rodríguez tiene derecho a la pensión solicitada o si radicó los documentos exigidos ante la entidad competente para realizar su estudio, por ende, ante la falta de dicha información, considera que les resulta imposible pronunciarse de fondo acerca de circunstancias completamente ajenas, pues no ha tenido ninguna participación, máxime si se tiene en cuenta que ese consorcio no es competente para reconocer derechos pensionales o emitir actos administrativos.

Agregó que, respecto de las peticiones, según el mismo escrito de la parte accionante, se demuestra que han sido atendidas y fueron presentadas ante el Fondo Porvenir S.A., por lo que mal podría decirse que existe una vulneración por parte del FOPEP.

En ese sentido, solicitó negar la acción de tutela en lo que a ellos respecta, o proceder a desvincularlos.

5.2. Consorcio Comercial FONPET 2017

El FONPET, a través de su gerente, dio respuesta a los señalamientos contenidos en la demanda de tutela. Al respecto precisó que los pasos que deben surtir a efectos de realizar el retiro de recursos del FONPET están descritos en la Circular Externa 43 de 2005, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual, en su numeral 3º, punto 3.4, titulado *“PAGO DEL BONO PENSIONAL A LA ENTIDAD ADMINISTRADORA”* señaló lo siguiente:

“(…) El pago del bono pensional se realizará directamente por el FONPET a la entidad administradora de pensiones en que se encuentre afiliado el beneficiario, una vez efectuada la validación por parte de la DRESS y esta haya oficiado a la Unidad de Gestión del FONPET para autorizarla a realizar el giro de los recursos.”

De acuerdo con lo anterior, solo con la autorización de la DRESS del Ministerio de Hacienda y Crédito Público estaría facultada la Unidad de Gestión del Consorcio FONPET 2017 para tramitar con las administradoras

que lo integran, el giro de los recursos destinados al pago de bonos pensionales y cuotas partes, efecto para el cual las mismas deben observar las instrucciones expresas que en la respectiva carta de autorización imparta la cartera ministerial.

Sin embargo, indicó que teniendo en cuenta que la demanda se dirige contra el representante legal del FONPET, procedió a remitirle al juzgado los datos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por ser la cabeza de esa cartera quien funge como el funcionario demandado.

5.3. Colombia Mayor. Consorcio 2013

Por medio de apoderado judicial, el Consorcio Colombia Mayor dio respuesta a la demanda de tutela, en la que, luego de aclarar el papel de esa entidad como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional y sus funciones, indicó que la señora Nubia Rodríguez no es beneficiaria del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del programa Colombia Mayor. Para constancia de lo anterior, aportó el registro de la consulta.

Adicionalmente, solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela para obtener la prestación económica pretendida como quiera que para su solicitud cuenta con otro mecanismo de defensa judicial al que puede acudir.

Por tanto, pidió que se declare la falta de legitimación por pasiva frente a ellos y que, en consecuencia, se ordene su desvinculación, pues no son los responsables de la posible afectación de los derechos fundamentales de la señora Rodríguez.

5.4. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal –UGPP

La UGPP solicitó su desvinculación del proceso, al considerar que del mismo escrito de tutela se advierte que la solicitud prestacional la presentaron ante Porvenir S.A., desde el 30 de noviembre de 2015. Documento en el que, además advirtió que la afiliada realizó aportes con fines pensionales ante el ISS, hoy COLPENSIONES, y ante Porvenir S.A.

Agregó, que revisada la base de datos de esa Unidad, no se encontró expediente pensional, ni tampoco solicitudes pendientes por resolver a la fecha de la respuesta.

Por tanto, ante la imposibilidad de asumir las funciones asignadas a otra entidad y la falta de legitimación por pasiva, reiteró su solicitud de desvinculación del asunto de la referencia.

5.5. Porvenir S.A.

El fondo referido, dio respuesta a la demanda de tutela indicando que la señora Nubia Rodríguez suscribió, de manera libre y voluntaria, un formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias que ellos

administran y, al firmar el formulario de afiliación, se acogió a las normas y disposiciones legales para el régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994.

En ese sentido, en el párrafo del artículo 2º de la norma señalada, se indica que si no se cumplen los requisitos mínimos para acceder a las pensiones previstas, se procederá a la devolución de saldos o a las indemnizaciones sustitutivas que correspondan.

Que para el caso de la pensión de invalidez, la Ley 860 de 2003 fijó los requisitos en la acreditación de una merma de capacidad igual o superior al 50% y una cotización mínima de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Sin embargo, precisó que al verificar en el sistema no encontraron ninguna solicitud de pensión por invalidez, como tampoco algún pedimento encaminado a obtener el reconocimiento de otra prestación a cargo de ese fondo de pensiones.

Agregó, que es cierto que la actora padece una merma de capacidad laboral superior al 50%, según el dictamen que profirió la Compañía de Seguros Alfa S.A., con fecha de estructuración del 7 de julio de 2015, catalogada como de origen común.

Dictamen en el que, además, el médico calificador estableció que, por la patología que padece la señora Nubia Rodríguez, requiere de terceras personas para la toma de decisiones, lo que hace que sea necesario que se determine el nombramiento de una curaduría, luego, si el juez considera que deben recibir el trámite pensional, le solicitaron que designe un curador provisional para que esa administradora pueda adelantar el estudio pensional.

Lo anterior, en la medida en que a ellos les corresponde adoptar los mecanismos necesarios para garantizar que no se presenten defraudaciones en contra de ellas o de los afiliados.

Añadió que el 30 de junio de 2017 le comunicaron a la agente oficiosa de la señora Nubia Rodríguez que debían acercarse a una de sus oficinas para radicar la totalidad de los documentos solicitados. Luego, a partir del momento en que lo hicieran, se podrá determinar, con los elementos de juicio suficientes, si a la afiliada le asiste el derecho pensional o si procede la devolución de saldos existentes en la cuenta de ahorro individual.

Por último, indicó que si lo que la accionante persigue es el reconocimiento pensional en sede de tutela, solicita que se declare el recurso improcedente, como quiera que cuenta con otra vía judicial idónea a la cual acudir.

Por tanto, consideró que Porvenir S.A., no ha vulnerado derecho fundamental alguno y, por consiguiente, solicitó desestimar la tutela por las razones

expuestas, máxime si se tiene en cuenta que sus actuaciones se han desarrollado y surtido conforme a las normas que rigen la materia.

Anexan copia del dictamen de pérdida de capacidad y la copia de la respuesta que el 30 de junio de 2017 le dieron a la señora Margarita de Sena Rodríguez Torres.

5.6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La cartera ministerial dio respuesta a los requerimientos de la demanda de tutela indicando que la accionante nunca ha tramitado derecho de petición alguno ante esa dependencia.

Adicionó que al revisar la información que se encuentra en el sistema interactivo, la cual es suministrada por la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, la AFP Porvenir y la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías –ASOFONDOS, la señora Nubia Rodríguez se encuentra registrada como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones y, al mismo tiempo, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por la AFP Porvenir S.A., por tanto, se está ante una situación de múltiple vinculación, lo que imposibilita establecer a cuál de las administradoras se encuentra válidamente afiliada y, por ende, es imposible determinar si tiene o no derecho a un “eventual” bono pensional, así como el tipo de bono que se deberá reconocer.

Ante esa circunstancia, los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008 han establecido que es una obligación de las administradoras de fondos de pensiones con las cuales se genere la múltiple vinculación, adelantar las gestiones encaminadas a dirimir dichos conflictos mediante la convocatoria de un Comité de Multiafiliación y, adicionalmente, una vez solucionado el asunto, deben reportar la decisión adoptada a la entidad encargada de su consolidación que, en la actualidad, es ASOFONDOS.

Sin embargo, como en el sistema aparecen dos afiliaciones activas en los distintos regímenes pensionales, situación que es ilegal, por cuanto son excluyentes, eso permite “suponer” que ninguna de las administradoras involucradas se ha preocupado por reportar a ASOFONDOS la información relacionada en el caso y, para probar lo anterior, anexó los pantallazos extractados del sistema.

Además, manifestó que, en caso de encontrarse la señora Nubia Rodríguez válidamente afiliada a Colpensiones, no habrá derecho a un reconocimiento de bono pensional tipo A, como el que reclama en sede de tutela, como quiera que dicho beneficio es exclusivo para las personas que se encuentran válidamente afiliadas al RAIS.

Por tanto, indicó que no es competente para dar solución a la situación de multiafiliación, pues solamente responden por la liquidación, emisión,

expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, lo cual se adelanta con base en la información que al respecto suministren las administradoras de pensiones, por lo que, ante la situación descrita, solicita que se declare improcedente el amparo frente a dicha dependencia pues, a la fecha de su respuesta, consideró que no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Adicionalmente alegó que la tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de derechos de carácter “económico” como el que persigue la demandante de manera indirecta, habida cuenta de que pretende el reconocimiento, emisión y pago de un eventual bono pensional a su favor.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1.1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 6 de julio de 2017, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., solo concedió el amparo del derecho fundamental de petición de la señora Nubia Mercedes Rodríguez Torres y, en consecuencia, ordenó que Porvenir S.A., se pronuncie de fondo respecto de las solicitudes radicadas el 20 de septiembre de 2016 y 23 de marzo de 2017 en las que, a su juicio, pidió la pensión de invalidez. Sin embargo, en la parte resolutive no se pronunció frente al derecho de prestacional, a diferencia de lo realizado en la motivación de la providencia en la que consideró que no podía concederse como quiera que la actora no acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003.

En lo referente a la exigencia de nombrar un curador para el reconocimiento de la pensión de invalidez, reiteró lo señalado en la Ley 1306 de 2009 y en el Código Civil, en el sentido de que se debe procurar que a la persona que padezca una discapacidad física, psíquica o sensorial generador de demencia, debe privársele judicialmente de la administración de los bienes, confiándoselos a las personas que el juez considera idóneas para tal objeto.

Sin embargo, señaló que ello no constituye un requisito *sine qua non* para que el Fondo proceda a pagar la mesada pensional, pues no le es dado inferir, con fundamento en una recomendación que reposa en la calificación de pérdida de capacidad laboral, que el actor no goza de plenas facultades para poder, por sí mismo, ejercer su derecho a la pensión, en caso de que tenga derecho.

No obstante, como se dijo, consideró que, en este caso, no se cumplen los requisitos señalados en la Ley 860 de 2003, exigidos para acceder a la pensión de invalidez como quiera que, aunque la actora tiene el porcentaje de pérdida de capacidad exigido en la norma referida, no acreditó la cantidad de semanas cotizadas, pues solo aportó un historial de semanas cotizadas en COLPENSIONES en el que se evidenció que aportó desde el 1 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre del mismo año, para un total de 35 semanas.

A lo que se suma que, aunque se trasladó al RAIS, por intermedio de Porvenir S.A., lo cierto es que no allegó el historial de cotizaciones a dicho fondo y, por lo mismo, no puede conocer las cotizaciones realizadas en los últimos años en aras de verificar si cumple las 50 semanas en los tres años anteriores al 7 de julio de 2015.

Por último, consideró que en el asunto se presentaba una afectación del derecho fundamental de petición causada por el hecho de que, aunque la actora solicitó de manera concreta la pensión de invalidez, en las peticiones presentadas el 20 de septiembre de 2016 y 23 de marzo de 2017, lo cierto es que la accionada en su contestación se niega a recibir dicha solicitud a pesar de contar con número de radicación.

Por tanto, consideró que a la señora Rodríguez no se le ha resuelto de fondo su solicitud pensional y aclaró que no se le deben imponer requisitos adicionales, como el nombramiento de un curador para resolver el asunto sobre la pensión de invalidez ni trabas, pues la accionante goza de una protección especial.

1. 2. Impugnación

La demandante, impugnó el anterior fallo argumentando que no se ajustó a los hechos y antecedentes que motivaron la presentación de la tutela, ni al derecho impetrado, luego, por su condición, debió haberse dado un amparo total que ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pues con la sola protección del derecho de petición, no se resuelve de fondo su situación.

1.3. Decisión de segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante providencia del 23 de agosto de 2017, confirmó la decisión de primera instancia, al considerar que la procedencia de la tutela se encuentra supeditada a la necesidad de adoptar medidas en el caso concreto que conjuren la situación de vulnerabilidad de la persona que solicita la protección por razones de índole eminentemente constitucional. Estimó que la situación no se encuentra suficientemente acreditada pues, aunque la actora demostró ser un sujeto de especial protección constitucional por padecer unas condiciones físicas que hacen que sea considerada en debilidad manifiesta, no probó la existencia, indudable, del derecho prestacional que reclama a su favor.

Lo anterior lo basó el Tribunal en el hecho de que los documentos aportados no dan certeza acerca del cumplimiento del número de semanas cotizadas que exige la ley para causar la prestación que procura, ni siquiera realizando el estudio a partir de las semanas que aduce haber cotizado. Por lo anterior consideró que dicho debate solo puede zanjarse en un proceso ordinario laboral, oportunidad en la que el director del proceso deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes y velar por la agilidad y rapidez en su trámite.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para examinar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991⁴, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. (Subrayado por fuera del texto).

En esta oportunidad, la señora Margarita de Sena Rodríguez Torres, agencia los derechos de su hermana Nubia Mercedes Rodríguez Torres, por cuanto esta última padece una enfermedad mental que le impide acudir a la tutela de manera directa, lo cual fue manifestado en el escrito de demanda, por ende, se cumple el requisito de legitimación en la causa por activa.

2.2. Legitimación pasiva

El Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Fondo de Solidaridad Pensional - Consorcio Colombia Mayor-, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional -FONPET-, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal -UGPP- y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, son entidades de carácter público y privado y organismos del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones del orden nacional, por tanto, de conformidad con el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, están legitimadas como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

⁴ Decreto 2591 de 1991: “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

3. Inmediatez

La inmediatez no puede establecerse en un término exacto, como quiera que esta Corte ha señalado que para su determinación se debe acudir a criterios como el de razonabilidad y proporcionalidad los cuales deben ser valorados según las circunstancias del caso concreto⁵.

En ese sentido, si bien la inmediatez impone que la persona que acuda a la tutela haya solicitado su amparo dentro de un periodo prudencial, ello no es óbice para impedir un análisis de ese requisito, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, las cuales, en algunas ocasiones, pueden obstaculizar la presentación inmediata de la misma, lo que no puede ser desconocido por el juez constitucional, de manera tajante, con fundamento en el transcurso de tiempo o que con el paso del tiempo se detiene el daño.

Así las cosas, en algunas ocasiones el simple paso del tiempo no desvirtúa el daño, toda vez que existen situaciones en las que este perdura y no puede ser saneado con el discurrir de los días. Tal como ocurre en este asunto, por lo que, para la Sala se evidencia que este requisito se cumple, toda vez que el supuesto daño ha perdurado habida cuenta de que la agenciada no ha percibido la prestación económica que reclama y que requiere para suplir sus necesidades básicas.

4. Subsidiariedad

Se puede acudir directamente a la acción de tutela cuando la persona no cuente con otro mecanismo de defensa judicial al cual acudir o, existiendo, se debe optar por el procedimiento preferente y sumario del artículo 86 Superior con la intención de evitar la consumación de un perjuicio irremediable a las garantías fundamentales del peticionario, el cual se causaría si no se adoptan las medidas para prevenirlo de manera pronta.

En ese sentido, se ha admitido la posibilidad de acudir al mecanismo de tutela de manera transitoria, a efectos de salvaguardar las garantías básicas de los ciudadanos, siempre y cuando, el demandante demuestre unas circunstancias particulares que, a no dudarlo, hacen que la vía ordinaria no sea idónea o eficaz dada la inminencia y gravedad de la afección de sus garantías fundamentales frente a lo cual surge la necesidad de adoptar un reparo urgente e impostergable, en sede de tutela, con la intención de evitar un perjuicio que no se pueda remediar. Amparo que puede ser definitivo o transitorio dependiendo de las cuestiones propias del caso concreto.

Así las cosas, la procedencia excepcional está supeditada a la acreditación del perjuicio irremediable, el cual contiene unos elementos que, de presentarse,

⁵ Así fue indicado, por ejemplo, en la Sentencia T-606 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (e.).

permiten la constatación del mismo, a saber: la inminencia, la gravedad, la impostergabilidad y la urgencia⁶.

Adicional a lo anterior, esta Corte ha indicado que el juez de tutela, en los casos en los que se pretendan prestaciones económicas, debe corroborar y ponderar la existencia de unos requisitos señalados en la jurisprudencia, los cuales permitirán concluir si resulta o no necesario amparar y reconocer un derecho de índole prestacional, propio de dirimirse ante la jurisdicción ordinaria laboral a quien por este mecanismo lo requiere.

Específicamente, en la Sentencia SU-023 de 2015⁷, frente a la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, se señaló que deben ponderarse los siguientes requisitos:

- (i) Se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección;
- (ii) El estado de salud del solicitante y su familia;
- (iii) Las condiciones económicas del peticionario;
- (iv) La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.
- (v) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y
- (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Así las cosas, al estudiar el caso frente al requisito de subsidiariedad, esta Sala de Revisión, encuentra que se acredita por cuanto, aunque existe una vía ordinaria, la demandante tiene unas complejas situaciones que viabilizan el estudio de fondo, como quiera que padece de unas condiciones de salud complejas, no cuenta con los ingresos mínimos para suplir sus necesidades, tiene una merma física calificada y ha demostrado que ha desplegado una actividad administrativa encaminada a obtener la pensión de invalidez, de manera infructuosa. Por último, indica razones para justificar el desaplazamiento de las competencias del juez común.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si existió, por parte de las entidades demandadas, violación de los derechos fundamentales a la vida digna, a no recibir un trato discriminatorio, a la igualdad, a la honra, a la seguridad social y al mínimo vital, al negarse a reconocerle a la peticionaria la pensión de invalidez que reclama con ocasión de su pérdida de capacidad laboral.

⁶ Dichos elementos fueron indicado en la Sentencia T-225 de 1993.

⁷ M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez (e.).

Para resolver el anterior interrogante la Sala desarrollará los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, (ii) la pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella, (iii) la capacidad laboral residual, (iv) la multifiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y, por último, (v) el caso concreto.

4. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas. Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela no constituye el mecanismo al que por excelencia deban acudir las personas para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, por cuanto, para ello, el legislador estableció otros procedimientos comunes que se presumen idóneos, a menos que el petente acredite que se encuentra ante un perjuicio irremediable que justifique que se adopte una medida de protección más pronta, propia del recurso de amparo.

En ese sentido, solo es viable acudir a la tutela para desplazar las competencias del juez ordinario cuando se demuestre el padecimiento de unas circunstancias concretas que lo exponen a una afectación irremediable de sus prerrogativas fundamentales, de modo tal que solo se pueda evitar el daño con la adopción de un fallo por parte del juez de tutela.

Para constatar que el recurrente padece unas condiciones que justifican el tratamiento excepcional, la Corte, de vieja data, en la Sentencia T-225 de 1993 indicó que se deben evidenciar unos elementos que permiten tener certeza acerca de la existencia de un perjuicio irremediable, cuales son, la inminencia, la gravedad, la impostergabilidad y la urgencia.

Adicionalmente, en la Sentencia SU-023 de 2015, el mismo Tribunal manifestó que el juez de tutela debe observar los siguientes factores cuando se solicite una pensión: (i) la edad del solicitante y si esta le permite ser considerado sujeto de especial protección constitucional, (ii) las condiciones de salud del accionante, (iii) las condiciones económicas propias, (iv) acreditar que la falta de pago de la prestación le genera un alto grado de afectación de sus garantías básicas, en particular, del mínimo vital, (v) demostrar que ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial para obtener la protección de sus derechos y que (vi) acredite, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el mecanismo de defensa ordinario no es eficaz o idóneo para obtener lo pretendido en sede de tutela.

Por tanto, si en la solicitud de amparo convergen los elementos que materializan el perjuicio irremediable y, además, los mencionados supuestos, es perfectamente viable la adopción de medidas judiciales transitorias o definitivas en sede de tutela, a pesar de la existencia de algún procedimiento ordinario que, por su naturaleza, funja como adecuado para su solución más no sea idóneo.

6. La pensión de invalidez y los requisitos que el legislador ha previsto para acceder a ella

La pensión de invalidez es una prestación de índole económica que, en nuestro actual Sistema General de Seguridad Social, procura convertirse en un auxilio financiero periódico para el trabajador que ve disminuida en un 50% o más su capacidad laboral y que, por lo mismo, tiene en riesgo sus ingresos y mínimo vital.

En ese sentido, con los aportes periódicos con vocación de permanencia, el trabajador toma un seguro que previene la contingencia de invalidez, el cual fue fijado por el legislador en el actual sistema, inicialmente en la Ley 100 de 1993, disposición que fue modificada por la Ley 860 de 2003.

Por tanto, el reconocimiento pensional por invalidez consagra dos supuestos básicos que deben acreditarse por el trabajador, y que son: (i) un porcentaje de pérdida de capacidad igual o superior al 50%, el cual es dado por un cuerpo médico calificado para ello y (ii) una densidad de semanas cotizadas dentro de un lapso previo a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad que ha tenido unas variaciones según la disposición legal aplicable.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con la cantidad de semanas aportadas, el SGSSP ha variado su exigencia señalando, inicialmente, en la Ley 100 de 1993, que el afiliado: (i) encontrándose cotizando al sistema, debía haber aportado mínimo 26 semanas antes de la fecha de estructuración o (ii) habiendo dejado de cotizar, que hubiere aportado, en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, por los menos 26 semanas.

Luego, en la modificación incorporada mediante la Ley 860 de 2003, que empezó a regir el 29 de diciembre de 2003, se varió la exigencia al fijarla en 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Adicionalmente, la modificación incorporó un requisito de fidelidad de cotización al sistema, el cual fue objeto de control constitucional por esta Corte mediante providencia C-428 de 2009, en la cual fue declarado inexecutable, al considerar que con esta exigencia, pretendiendo proteger financieramente el sistema pensional, se desconocía el fin de la pensión de invalidez, en contra de los postulados constitucionales. El incremento de semanas no corrió la misma suerte, pues la Corporación consideró que si bien aumentaba el número de aportes exigidos, también ampliaba el rango para acreditar las semanas a 3 años.

Así las cosas, la Ley 860 de 2003, actualmente exige lo siguiente:

“Ley 860 de 2003:

El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas, dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas, dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

PARAGRAFO 1°: Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARAGRAFO 2°: Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años.”

7. La capacidad laboral residual. Reiteración de jurisprudencia

El proceso para la calificación y estructuración de la invalidez ha sido desarrollado en distintas normas, dentro de las que se destacan, entre otras: la Ley 100 de 1993, artículos 41 al 43, y los Decretos 917 de 1999, 2463 de 2001 y 1507 de 2014.

Ahora, como se indicó en el acápite anterior, para adquirir el derecho pensional por invalidez se debe acreditar un porcentaje de merma de capacidad laboral igual o mayor al 50%, el cual será determinado por una junta médica a cargo de Colpensiones, la ARL, la EPS y las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez, según se desprende de lo consagrado en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993⁸, el cual es fijado en un dictamen que, además de la disminución, contiene la fecha en que se estructuró.

⁸ Ley 100 de 1993. Artículo 41: “(...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales^{<Q>} - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)”

En lo que tiene que ver con la fecha de estructuración, el artículo 3 del Decreto 1507 de 2014, indica que se trata de “(...) *la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.*”.

Sin embargo, dicha disposición permite que la fecha de la estructuración de la invalidez se fije con base en la evolución de las secuelas de una enfermedad o accidente, en el que se tengan en cuenta las características de la patología o lesiones, lo cual no necesariamente quiere decir que se establece en el momento en que fue proferido el diagnóstico, pues por el desarrollo o la progresión de ciertos padecimientos, la merma puede sobrevenir con el paso del tiempo y no necesariamente el día en el que se certifica el padecimiento.

En ese sentido, la Corte ha sido enfática en señalar que la fecha de estructuración debe corresponder a la fecha real en la que la persona dejó de trabajar, pues muchas veces el hecho de que la persona nazca con una enfermedad o se le diagnostique, no necesariamente coincide con la fecha real de la disminución física igual o superior al 50%, sino que esta sobreviene con el paso del tiempo.

La anterior situación se presenta, principalmente, cuando la persona padece de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas cuya agravación es progresiva y, en esos casos, la junta médica debe analizar la fecha de imposibilidad para laborar según el cuadro de salud, y no la fecha del diagnóstico o del primer cuadro clínico, a menos que desde esta se advierta la condición de invalidez inmediata.

Por ende, teniendo en cuenta que muchas veces la fecha de estructuración fijada no corresponde al día en que efectivamente la persona perdió la capacidad laboral, la Corte ha permitido que, para efectos del cumplimiento de las semanas pensionales exigidas para consolidar la pensión de invalidez, se tengan en cuenta los aportes realizados por el trabajador con posterioridad a dicha fecha, acudiendo a la figura de capacidad laboral residual, la cual le permitió al trabajador continuar trabajando y cotizando, hasta el momento en que definitivamente perdió por completo su fuerza laboral.

Sin embargo, la anterior interpretación tiene lugar, siempre y cuando, no se advierta la intención de defraudar el sistema pensional, la persona padezca una enfermedad congénita, degenerativa o crónica y, con posterioridad a la fecha de estructuración fijada, las semanas que aportó fueron producto de una efectiva y probada capacidad laboral residual que le permitió seguir laborando y, por ende, cotizando al sistema pensional.

Dicha posibilidad fue objeto de unificación por esta Corporación en la Sentencia SU-588 de 2016, en la que, en torno al tema, indicó:

“(...) esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como ‘(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe’. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional”.

Así las cosas, cuando se presentan los supuestos para acudir a la aplicación de una capacidad laboral residual, le corresponde al juez determinar el momento a partir del cual verifica el cumplimiento de las exigencias de la Ley 860 de 2003. Sin que ello quiera decir que goce de la facultad de modificar la fecha de estructuración, como tampoco puede hacerlo la administradora pensional, habida cuenta de que esta fue definida por un componente médico competente para ello.

Sin embargo, lo anterior no es óbice para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo de las 50 semanas que exige el SGSSS en la actualidad y que, según esta Corporación, atiende a tres posibilidades: (i) la fecha de calificación de la invalidez, (ii) la fecha de la última cotización o (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

Por consiguiente, con la figura de la capacidad laboral residual no se busca alterar la fecha de estructuración de la invalidez de la persona, sino analizar su solicitud pensional bajo unos supuestos que garanticen el cumplimiento de la finalidad de la prestación periódica para las personas en condición de discapacidad, así como un tratamiento más digno e igual, en el entendido de que el sistema de seguridad social no puede excluir de sus beneficios a los trabajadores que padezcan una merma física o mental y, a pesar de ella, realicen actividades laborales y aportes con la intención de consolidar derechos pensionales que le permitan afrontar una afección que es propia de los seres humanos.

8. La multifiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, SGSSP.

El SGSSP contempla dos regímenes, por un lado, el de Prima Media con Prestación Definida, en adelante RPMPD y, por el otro lado, el de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, los cuales, según lo indicado en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, son excluyentes entre sí, en el sentido de que un

afiliado no puede realizar cotizaciones simultaneas a los dos o distribuirlas entre los mismos. Así las cosas, dicha disposición, en lo que resulta relevante para este asunto, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 16. INCOMPATIBILIDAD DE REGÍMENES. Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.(...)”

Además de la prohibición establecida en la norma transcrita, el ordenamiento jurídico colombiano prevé la misma proscripción en el Decreto 3995 de 2008, pues reitera la prohibición de que los afiliados realicen una múltiple vinculación entre los regímenes.

Ello obedece a varias razones, de entre las que se puede destacar, entre otras, la diferenciación en la lógica de operación y financiamiento de cada uno de los regímenes y la necesidad de tener clara la entidad a cargo de realizar el pago de la prestación económica causada, pues, en lo que tiene que ver con la pensión de invalidez, le corresponde al fondo al que se encontraba cotizando la persona al momento de estructurarse la merma requerida.

Teniendo claro lo anterior, en caso de que se presente el fenómeno de multiafiliación de un trabajador, le corresponde a las administradoras pensionales involucradas realizar las gestiones correspondientes para dirimir dichos conflictos, como quiera que ellas cuentan con la posibilidad de establecer los mecanismos de resolución de dicha irregularidad.

Adicionalmente, el artículo 6° del Decreto 3995 de 2008, prevé la problemática de múltiple afiliación en caso de siniestros como la invalidez y al efecto establece:

“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 estas, 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.

Sin perjuicio de la atención al término legalmente señalado para el reconocimiento de estas prestaciones, las administradoras involucradas en la múltiple vinculación tendrán un plazo máximo de un (1) mes, contado a partir de la solicitud de pensión, para determinar la administradora responsable de la prestación según la regla aquí contenida, dentro del cual deberán entregarse las sumas correspondientes al riesgo de vejez junto con sus valorizaciones y el bono pensional, si a este hay lugar, además de la información completa de la historia laboral.” (Subrayas de la Sala).

9. Caso concreto

En la presente providencia se estudia el caso de una persona que padece una enfermedad que le generó una disminución de capacidad laboral superior al 50% y, por ende, acude a la tutela, por intermedio de un agente oficiosa, a efecto de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Para considerar que le asiste el derecho pensional mencionado, la agente oficiosa manifiesta que a su hermana le fue diagnosticada una esquizofrenia en el año 2000, la cual evolucionó y le generó una merma laboral del 65.50%, dictaminada el 22 de febrero de 2016, con fecha de estructuración del 7 de julio de 2015, de origen común.

Sin embargo, ante la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, acudió a la tutela el 23 de junio de 2017, solicitando el amparo de los derechos fundamentales de su hermana a la vida digna, a no recibir un trato discriminatorio, a la igualdad, a la honra, a la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el Fondo de Solidaridad Pensional –Consorcio Colombia Mayor-, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FONPET-, la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal –UGPP- y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, le solicitó al juez de tutela que se le otorgue a su hermana la pensión de invalidez a que tiene derecho, sin que en su petición puntualizara la entidad que deberá asumir dicha obligación y la forma en que la afiliada cumple los requisitos de tiempo cotizado que prevé la Ley 860 de 2003. Lo anterior, con fundamento en las circunstancias complejas de salud que hacen que Nubia Rodríguez sea considerada sujeto de especial protección constitucional.

Adicionalmente, en el relato que realizó en la tutela, expuso la presentación de distintas peticiones ante Porvenir S.A., en las que comentó algunos de los padecimientos que ha afrontado su hermana a causa de la patología que le fue diagnosticada.

Así las cosas, esta Corte realizará el estudio de fondo de la pretensión pensional, al considerar procedente este mecanismo teniendo en cuenta las complejas condiciones de salud de la actora, la falta de ingresos mínimos para suplir sus necesidades, la merma física calificada y la demostración de una actividad administrativa encaminada a obtener la pensión de invalidez, de manera infructuosa, lo que demuestra que se encuentra expuesta al padecimiento de un perjuicio irremediable a sus prerrogativas más básicas, de modo tal que se justifica el análisis, a efectos de estudiar la viabilidad de dictar una medida de amparo siquiera transitoria.

Por tanto, para facilitar la comprensión del asunto, esta Corte analizará las pruebas que la demandante allegó a efectos de acreditar los tiempos de servicio y semanas de cotización que realizó durante su vida laboral, para determinar si con ellos se puede reconocer la prestación pretendida.

En ese sentido, en lo que tiene que ver con el material probatorio, se evidenció que la actora laboró para las entidades y personas que, a continuación, se relacionan, junto con las fechas señaladas:

ENTIDAD	INICIO DE LABORES	FINALIZACIÓN	SEMANAS APORTADAS
Ministerio de Defensa Nacional ⁹ (folios 16 y 17 del cuaderno 2)	01/11/1993	01/05/1994	No se relacionan aportes con fines pensionales
Margarita Rodríguez Torres. Historia laboral de Colpensiones (folio 18 del cuaderno 2).	01/02/1997	28/02/1997	0.71
Margarita Rodríguez Torres Historia laboral de Colpensiones (folio 18 del cuaderno 2).	01/03/1997	31/10/1997	34,29
Margarita Rodríguez Torres ¹⁰ Historia laboral de Colpensiones (folio 18 del cuaderno 2).	01/11/1997	31/12/1997	0.00
Laboró para la Asociación de Industriales y Comerciantes (folio 27 del cuaderno 2).	03/03/1997	30/04/1997	No indica si cotizó al sistema
Saludcoop. Historia laboral de Porvenir S.A. (folio 24	12/1997	12/1997	No se indica la cantidad de

⁹ El empleador advierte en el documento que la vigencia del Sistema General de Pensiones para ellos, empezó desde el 01 de abril de 1994, por tanto, no realizaron aportes pensionales del tiempo que certificaron.

¹⁰ Durante este periodo laboral su empleadora, al parecer, no realizó aportes al sistema.

del cuaderno 2).			semanas aportadas
Hospital Santa Ana. Historia laboral de Porvenir S.A. (folio 24 del cuaderno 2).	11/1999	11/1999	No se indica la cantidad de semanas aportadas
Hospital Santa Ana. Historia laboral de Porvenir S.A. (folio 24 del cuaderno 2).	12/1999	12/1999	No se indica la cantidad de semanas aportadas
Hospital Santa Ana Historia laboral de Porvenir S.A. (folio 24 del cuaderno 2).	01/2000	01/2000	No se indica la cantidad de semanas aportadas
Aporte pensional a BBVA. No se indica el empleador (folio 22 del cuaderno 2).	01/09/2003	30/09/2003	4,28
Secretaría de Educación de Cundinamarca ¹¹ (folio 14. Cuaderno 2)	16/12/2005	16/01/2006	4,28
Secretaría de Educación de Cundinamarca (folio 14. Cuaderno 2)	13/01/2009	07/04/2009	12
Secretaría de Educación de Cundinamarca (folio 14. Cuaderno 2)	01/05/2009	01/07/2009	8,56

En efecto, al analizar la vida laboral de la señora Nubia Rodríguez no existe certeza respecto de varias situaciones relevantes para considerar que le asiste el derecho pensional pretendido.

Por un lado, en lo que tiene que ver con los aportes y relaciones laborales, se genera confusión en el sentido de que la agenciada aparece afiliada al ISS, hoy Colpensiones, en calidad de empleada de su hermana Margarita Rodríguez Torres, de quien se echan de menos unos aportes. Sin embargo, de manera paralela a tal vínculo laboral, la señora Nubia Rodríguez mantuvo otra relación laboral de la que no se indica si realizó aportes pensionales.

Por el otro lado, la información allegada al expediente no permite dar fe de todas las cotizaciones de la afiliada, ni de las razones que fundamentaron la falta de aportes a efectos de determinar un posible responsable.

Adicionalmente, en el expediente no existe certeza respecto del responsable de pagar la pensión, pues como lo indicó el Ministerio de Hacienda, en el presente asunto existe un problema de multifiliación pensional por parte del trabajador, en el entendido de que la accionante hace parte de los dos

¹¹ En el documento que certifica esta información se manifiesta que la señora Nubia Rodríguez perteneció al Fondo Prestacional del Magisterio entre el 16 de enero de 2006, hasta el 01 de julio de 2009.

regímenes pensionales, como quiera que se encuentra afiliada a Colpensiones y, paralelamente, a Porvenir S.A., a lo que se suma que en el año 2003, aportó a otro fondo dentro del RAIS y que durante el 2006 y el 2009 estuvo afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio.

Ahora, si bien esta Corte ha dicho que el conflicto entre entidades no puede generar el detrimento de los derechos del afiliado, ello obedece a una lógica ligada a que con su solución tampoco se afecten los derechos fundamentales de la contraparte y, especialmente, el debido proceso. Tal situación se podría presentar en este asunto, habida cuenta de que la actora no ha solicitado la prestación a otras entidades que podrían tener la obligación legal de cubrirla y, por lo mismo, no han ejercido su derecho de defensa frente a lo que reclama. A lo precedente se suma el riesgo de imponerle una obligación a un fondo de pensiones que por ley no le ha sido atribuida.

En ese sentido, tampoco se conoce cuál es el fondo al que se encontraba afiliada al momento de estructurarse la invalidez, como quiera que, aunque el último tiempo certificado en el expediente es del año 2009 y se encontraba cotizando al Fondo de Pensiones del Magisterio, lo cierto es que a dicha entidad no le ha solicitado la pensión reclamada y, además, una de sus hermanas, la señora Dora Rodríguez en un documento dirigido a Porvenir S.A., reconoció que en el año 2013 la actora se desempeñó como odontóloga, actividad de la cual pudo haber realizado cotizaciones a otro fondo.

No obstante, si en gracia de discusión la Corte obviara la imposibilidad precedida, lo cierto es que tampoco existe certeza frente al cumplimiento de las semanas que prevé el Sistema General, en la Ley 860 de 2003, a pesar de la aplicación de la figura de capacidad laboral residual, como tampoco si se realiza un estudio acudiendo a la figura de condición más beneficiosa a favor del trabajador.

Lo primero, por cuanto, la figura de capacidad laboral residual permite realizar el análisis, como se indicó en la parte motiva, a partir de tres fechas, a saber: (i) la fecha de calificación de la invalidez, (ii) la fecha de la última cotización o (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

De la primera, se tiene que la actora fue calificada el 22 de febrero de 2016 y en los tres años inmediatamente anteriores no acredita haber realizado aportes.

De la segunda, relacionada con analizar el caso partiendo de la fecha de la última cotización, no se conoce un tiempo exacto, como quiera que si tomamos el mes de julio de 2009, fecha en que fue retirada del cargo de docente al servicio de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en los tres años anteriores solo acreditó tener cerca de 21 semanas certificadas por esa entidad, la cual también indicó que se encontraba afiliada para esa fecha al Fondo del Magisterio, sin que haya solicitado a esa entidad algún reconocimiento o traslado de aportes.

No obstante, el impedimento más grave para fijar el estudio en dicha fecha, se genera con las manifestaciones que su hermana realizó acerca de labores cumplidas con posterioridad a dicha anualidad y que demuestran que mantuvo su actividad laboral por un tiempo más.

De la tercera, tampoco se desprende que le asista el derecho, como quiera que la fecha de solicitud de reconocimiento, posiblemente, data del 20 de septiembre de 2016, pues los escritos que ha radicado generan confusión respecto de lo pretendido. Sin embargo, si se tomara dicha fecha tampoco se acredita la cantidad de semanas previstas en la Ley 860 de 2003.

Ahora, en segundo lugar, si acudiéramos a la figura de la condición más beneficiosa en favor del trabajador, tampoco existe certeza sobre el cumplimiento de los requisitos previstos, como quiera que al analizar su solicitud bajo las previsiones consagradas en la Ley 100 de 1993, para el momento de la estructuración de la invalidez la actora había dejado de cotizar y, en el año inmediatamente anterior a dicha fecha, tampoco tenía aportadas 26 semanas.

En ese sentido, aun cuando la Sala no desconoce las complejas condiciones de salud de la señora Nubia Rodríguez, al punto que le han generado una merma de su capacidad laboral superior al 65%, así como tampoco omite su afiliación al SGSSP. Lo cierto es que esas dos situaciones no permiten en este caso el reconocimiento pretendido, ante la dificultad que reporta el problema de múltiple afiliación, la falta de certeza acerca de la entidad responsable del pago de la prestación, a lo que se suma, la imposibilidad más grave, cual es la falta de acreditación de las semanas de cotización que prevé la normativa que regula la prestación.

Falencias que no pueden ser saneadas por el juez de tutela, pues no es este el escenario idóneo para compilar, con seguridad, todos los aportes pensionales y los tiempos de servicio prestados por la petente durante la vida laboral a efectos de endilgarle una obligación pensional a un fondo o administradora, pues ello demanda un análisis probatorio detallado y extenso que no es propio de este mecanismo, dada la existencia de varias actividades desempeñadas por la actora, en distintos sectores y con diferentes empresas que, incluso su familia no logra acreditar o señalar con certeza.

Así las cosas, aunque la tutela se caracterice por ser un procedimiento preferente y sumario, que no exige a quienes acuden a ella un aporte probatorio extenso, lo cierto es que ello no exime a las personas que pretenden el desplazamiento del juez común, acreditar el cumplimiento de los elementos básicos para alcanzar lo pretendido, más aun cuando se procura un reconocimiento económico.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte procederá a confirmar los fallos de tutela dictados, en lo que tiene que ver con el amparo del derecho fundamental de petición. Ello por cuanto, en el expediente obran dos

solicitudes dirigidas a Porvenir S.A., una presentada el 23 de marzo de 2017¹² y otra el 20 de septiembre de 2016¹³ en las que solicita respuesta a unos formatos que radicó ante esa entidad. De los cuales, en el expediente, no se evidencia que le hayan suministrado respuesta alguna tal y como también fue estudiado y corroborado por los jueces de instancia.

Sin embargo, negará el amparo al derecho fundamental al mínimo vital y, en consecuencia, no concederá la pensión de invalidez en sede de tutela, por las razones atrás indicadas, sin que ello impida que, ante la existencia de hechos nuevos se pueda de nuevo acudir a la tutela o, de ser necesario, dirimir el asunto ante el juez ordinario.

Por último, la Sala le ordenará a Porvenir S.A., que inicie las gestiones necesarias tendientes a aclarar el problema de multifiliación, de conformidad con lo indicado en el Decreto 3995 de 2008, si no lo ha realizado.

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR la sentencia proferida el del 23 de agosto de 2017 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., por medio de la cual se confirmó la providencia dictada 6 de julio de 2017, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el trámite de la referencia, en el sentido de **NEGAR** el amparo al mínimo vital y al derecho pensional pretendido por la señora Nubia Rodríguez Torres y **CONFIRMAR** la protección otorgada respecto del derecho de petición.

SEGUNDO. ORDENAR a Porvenir S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites pertinentes, para solucionar el problema de múltiple afiliación de la actora al Sistema General de Seguridad Social de Pensiones, de conformidad con lo indicado en el Decreto 3995 de 2008, si no lo ha efectuado.

TERCERO. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

¹² Visible a folio 39 del cuaderno 2.

¹³ Visible a folio 41 del cuaderno 2.

Magistrado Sustanciador

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General