

Sentencia T-412/16

PERSONAS EN SITUACION DE DEBILIDAD MANIFIESTA E INDEFENSION POR DETERIORO DEL ESTADO DE SALUD- Enfermos de VIH/SIDA

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA- Procedencia por ser el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales del accionante y para lograr el reconocimiento de la prestación pensional

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA- Fecha de estructuración de la invalidez desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral

En casos de enfermedades degenerativas, las administradoras deben tener en cuenta la fecha en que la persona pierde definitivamente su capacidad laboral, ya que es a partir de allí que no puede laborar y cotizar al sistema de seguridad en salud. Además, que en términos de la Seguridad Social deben prevalecer los principios de favorabilidad y progresividad consagrados en la Carta.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Trámites administrativos no pueden obstaculizar el reconocimiento del derecho a quien ya ha reunido los requisitos para acceder a ésta

PENSION DE INVALIDEZ-Inoponibilidad de trámites administrativos respecto de quien cumplió requisitos para obtener la pensión

Las entidades administradoras de los fondos de pensiones tienen el deber de garantizar los derechos de los asegurados, sin que al respecto se les impongan trabas que impliquen cargas administrativas susceptibles de ser resueltas por las mismas, más no por el trabajador.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, IGUALDAD, MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: expediente T-5.479.884

Acción de tutela instaurada por Otto¹ contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela emitido el 4 de diciembre de 2015 por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Medellín, en la acción de tutela interpuesta en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito radicado en la Oficina Judicial de Medellín el 13 de noviembre de 2015, la abogada Jacinta Doris Patricia Arbeláez Gómez, en representación del señor Otto, interpuso acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.,

¹ Como quiera que el accionante ha sido diagnosticado con *VIH* la Sala y la Secretaría de esta Corporación se abstendrán de suministrar información que conduzca a la identificación del actor, en resguardo del derecho a la intimidad que le asiste. En consecuencia, en la versión que se publicará de esta providencia el nombre real del promotor del amparo ha sido sustituido por el nombre ficticio de Otto.

invocando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, mínimo vital y a la salud, presuntamente vulnerados por la accionada Colpensiones. Lo anterior en tanto pretende revocar el acto administrativo por medio del cual le otorgó la pensión de invalidez, al considerar que el competente para ello era la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

1. Hechos

1.1. Colpensiones, mediante dictamen núm. 201483847RR del veinticuatro (24) de diciembre de dos mil catorce (2014), calificó al señor Otto, portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana –VIH-, con pérdida de capacidad laboral del 60.30%, y estableció como fecha de estructuración de la invalidez el 7 de octubre de 2000. Con fundamento en esta situación, el 6 de julio de 2015, a través de la resolución núm. GNR 201273, le reconoció la pensión de invalidez, a partir del 1º de julio de ese mismo año, por valor de \$644.350.

1.2. El accionante interpuso recursos de reposición y apelación contra la citada resolución porque consideró que la pensión debía pagarse a partir de la fecha de estructuración -7 de octubre de 2000- y no desde julio de 2015.

1.3. Por resolución núm. GNR 322691 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015) y notificada al accionante el 4 de noviembre siguiente, Colpensiones decidió no reponer la decisión y, en el numeral segundo, dispuso requerirlo para que autorizara la revocatoria del acto administrativo que le otorgó la pensión de invalidez, para lo cual le concedió un mes, porque la prestación debía ser pagada por Protección S.A., dado que para el momento de estructurarse la invalidez -7 de octubre de 2000- el señor Otto se hallaba afiliado a ese fondo.

1.4. Expuso la mandataria que su poderdante no estuvo vinculado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y que consultado el RUAF aparece inscrito en el I.S.S. –hoy COLPENSIONES-.

1.5. Señaló que el accionante no dispone de otros medios de subsistencia en condiciones dignas, diferente a su pensión de invalidez, sin que deba soportar la incertidumbre a que se le ha sometido cuando no se encuentra afiliado a la Administradora de Ahorro Individual sino al Régimen de Prima Media.

1.6. Finalmente, aseveró que al retirar a su poderdante la pensión de invalidez, lo dejaría por fuera del sistema de seguridad social en salud, en tanto no se continuaría pagando a la EPS y *“como puede evidenciarse del dictamen de pérdida de capacidad laboral tiene una enfermedad catastrófica”*².

²Fl. 4

1.7. Solicitó se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y a la salud, y en consecuencia, ordenar la suspensión de lo dispuesto en la Resolución núm. GNR 322691 del 20 de octubre de 2015 o “*que la misma NO SE APLIQUE*”, con fundamento en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, mientras se tramita el proceso contencioso administrativo que habrá de interponerse, y de ser necesario que las dos entidades accionadas “*resuelvan de común acuerdo el supuesto conflicto, y sin que haya solución de continuidad en el pago de la pensión*”.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 18 de noviembre de 2015, el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín admitió la acción de tutela y ordenó dar traslado a las entidades accionadas, para que dentro de los dos (2) días siguientes ejercieran el derecho de defensa.

3. Respuestas de las entidades accionadas

3.1. Por oficio núm. 957 del 18 de noviembre de 2015, se notificó a Colpensiones, sin embargo no respondió³.

3.2. El representante legal de Protección S.A, en escrito del 30 de noviembre de 2015, solicitó se negara el amparo en torno a esa sociedad, porque al cruzar información con Colpensiones, se estableció que si bien el accionante tuvo una afiliación con el fondo privado, no realizó aporte alguno y, por lo mismo, se entendía vinculado a Colpensiones, conforme con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, que regularizó la situación de los afiliados.

Expuso, que “*la afiliación al fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. del señor Otto, debió ser anulada, y se determinó que la afiliación válida es la celebrada con el Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones*”⁴.

Precisó, además, que para la fecha de estructuración de la enfermedad -7 octubre de 2000- el señor Otto se hallaba afiliado válidamente al Seguro Social, por lo tanto, la encargada de reconocer la pensión era esta entidad.

4. Decisión de única instancia

El 4 de diciembre de 2015, el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín, negó el amparo, al considerar que no existía medio de convicción alguno demostrativo de la “*supuesta vía de hecho*” en que pudo incurrir la accionada Colpensiones al expedir la Resolución núm.

³ Fl. 25, cuaderno 1ª. instancia se observa el stiker de recibido por la entidad el 25 de noviembre de 2015, a las 11:28 a.m.

⁴ Fl. 27.

GNR 322691 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), ya que no se aportó copia de la misma.

De otro lado, se dijo que contra la resolución que concedió la pensión por invalidez se interpusieron los recursos de reposición y, subsidiariamente, el de apelación⁵, de los cuales solo se ha decidido el primero. Además, señaló que el actor estuvo afiliado a Protección S.A. *“de donde se concluye que hay un conflicto que a lo mejor no ha sido resuelto y que de todas maneras no le corresponde al Juez de Tutela hacerlo, a no ser que se configure una vía de hecho en la emisión del acto, pero aun así, es a través de lo Contencioso Administrativo pues como puede apreciarse, la jurisdicción contenciosa cuenta con un mecanismo expedito para conjurar prontamente la vulneración del daño causado”*⁶.

Esta decisión no fue impugnada y se remitió a esta Corporación para su eventual revisión.

5. Pruebas

5.1. Allegadas por el accionante:

5.1.1. Fotocopia del dictamen núm. 201483847RR del 24 de diciembre de 2014 sobre la pérdida de capacidad laboral en un 60.3% del señor Otto y certificación de que es portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana -VIH- emitido por el médico Juan Montoya de Colpensiones⁷.

5.1.2. Fotocopia de la resolución núm. GNR 201273 del 6 de julio de 2015, suscrita por la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, por medio de la cual reconoció y ordenó pagar una pensión de invalidez al señor Otto por valor de \$644.350, a partir del 1º de julio de 2015 y con fundamento en el dictamen anterior.

5.1.3. Fotocopia del reporte expedido por el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión –SIAFP-, en el cual se indica que el señor Otto presenta como novedad: *“104 Afiliado pensionado en otro régimen”*⁸.

5.1.4. Fotocopia del Registro Único de Afiliados a la Protección Social –RUAFA-. De ella se infiere que el señor Otto se afilió el 02-04-1987 al Instituto de Seguros Sociales en pensiones⁹.

5.1.5. Fotocopia de la cédula de ciudadanía núm. 2.515.454 a nombre del señor Otto, nacido el 21 de enero de 1955 en Manizales (Caldas)¹⁰.

⁵ Recursos interpuestos con la finalidad de que la pensión se reconociera a partir del año 2000.

⁶ Fl. 56 vuelto.

⁷ Fl. 15 a 17.

⁸ Fl. 18.

⁹ Fl. 19.

5.2. Arrimadas por Protección S.A.:

5.2.1. Certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia en torno a Protección S.A.¹¹.

5.2.2. Copia del estado del accionante en el SIAFP¹², en el cual se establece que su Régimen Actual es: “RPM” –Régimen de Prima Media-.

II. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

1. Conforme con el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte) que faculta a esta Corporación para arrimar elementos de convicción, en sede de revisión, mediante auto del 17 de mayo de 2016 se decretaron las siguientes pruebas:

1.1. A Colpensiones, remitir copia íntegra de la historia laboral del señor Otto y de la Resolución núm. GNR 322691 del 20 de octubre de 2015.

1.2. A la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., enviar copia de la historia laboral del señor Otto.

1.3. A la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- informar si el señor Otto ha declarado renta y, de ser cierto, remitir copia de las mismas.

1.4. Al Alcalde Municipal de Medellín informar si el señor Otto, ha sido beneficiario del Sisbén.

2. En respuesta a esas solicitudes se allegaron, como pruebas relevantes:

2.1. Oficio núm. CO02VJ0128-448643 del 26 de mayo de 2016, en el cual la Representante Legal de Protección S.A., informó que el señor Otto se afilió a ese fondo el 1º de octubre de 1999, sin embargo no era posible enviar historia laboral, *“toda vez que el mismo no presentó aporte alguno a este Fondo de Pensiones”* y, por lo tanto, su afiliación debió ser anulada, conforme con lo expuesto por el artículo 5º del Decreto 3995 de 2008¹³. Se adjuntó copia del escrito dirigido al señor Otto, en el cual se le informa:

“De acuerdo con nuestra base de datos usted presentó afiliación al Fondo de Pensión Obligatoria de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. desde el 05 de agosto de 1999 hasta el 30 de Noviembre de 2002, fecha en la cual fue definido

¹⁰ Fl. 21.

¹¹ Fls. 51 y 52.

¹² Fl. 50.

¹³ Fl. 27.

por Multiafiliación en la ADMIN (sic) COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Durante su permanencia en el fondo de Pensión Obligatoria, no tuvo semanas acreditadas, por lo cual se realizó un pago en cero a la entidad en mención, relacionamos a continuación la información de su pago:

Fecha de Pago	Valor Pagado
2010/10/11	\$ 0”.

2.2. La apoderada del municipio de Medellín indicó que el señor Otto estuvo afiliado al Régimen Subsidiado con la EPS Savia Salud, desde el dos (2) de marzo de dos mil trece (2013) hasta el quince (15) de agosto de dos mil quince (2015) y, actualmente, según información del Fosyga, se encuentra en la misma entidad, desde el dieciséis (16) de agosto de dos mil quince (2015), pero bajo el Régimen Contributivo. Anexó copia de constancia del Sisbén, en la que se hace saber que el actor fue encuestado y se halla pendiente de certificar por el DNP¹⁴.

2.3. El Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, con oficio núm. BZ2016-5110849-1439672, del 10 de junio de 2016, allegó copias de la Resolución núm. GTNR 322691 del 20 de octubre de 2015, por medio de la cual resolvió negativamente el recurso de reposición y solicitó “*autorización para revocar*”¹⁵ el acto administrativo. Además, adjuntó copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones en favor del actor¹⁶.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

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

2. Presentación del caso y del problema jurídico

2.1. El accionante, por intermedio de apoderada, solicitó el amparo constitucional contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, con citación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, mínimo vital y la salud, puesto que luego de reconocérsele por aquella entidad la pensión de invalidez -resolución núm. GNR 201273 del seis (6) de julio de dos mil quince (2015)-, el 20 de octubre de ese mismo año, con similar núm. GNR322691, le solicitó

¹⁴ Fls. 34 a 36.

¹⁵ Fl. 43.

¹⁶ Fl. 42.

autorización para revocar el acto administrativo que otorgó la prestación, por considerar que la misma debía ser reconocida por Protección S.A.

En esos términos, solicitó de manera transitoria la protección de sus derechos, en orden a obtener la suspensión de la aplicación de la Resolución núm. GNR322691 del 20 de octubre de 2015, mientras se surte el proceso que debe promoverse ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo.

2.2. De los hechos planteados, se observa que el problema jurídico es establecer si ¿se amenazan los derechos fundamentales a la seguridad social en pensión, mínimo vital y salud de una persona que padece de VIH, a quien luego de otorgarle la pensión de invalidez se pretende revocar porque, al parecer, la llamada a responder es otra entidad?

Para resolver el interrogante la Sala de Revisión debe abordar los siguientes asuntos: **(i)** principio de subsidiariedad, **(ii)** personas en estado de debilidad manifiesta e indefensión como consecuencia del deterioro de su salud, **(iii)** derecho a la pensión de invalidez, **(iv)** cargas administrativas y **(v)** el caso concreto.

3. Principio de subsidiariedad¹⁷

3.1. El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un mecanismo orientado a la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por actos de las autoridades públicas o de un particular. No obstante, la misma presenta ciertos límites, en la medida que sólo puede interponerse en eventos donde el afectado (i) no disponga de otros medios de defensa judicial o (ii) “*se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

Significa lo anterior que la acción de tutela es subsidiaria, es decir, solo puede interponerse cuando se hayan agotado los mecanismos ordinarios establecidos para la defensa de sus derechos, salvo que se emplee como herramienta para evitar un daño irreparable:

“En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.

¹⁷ Ver consideraciones de la sentencia T-491 de 2015 proferida por la Sala Sexta de Revisión.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo”¹⁸.

A pesar de lo señalado, debe advertirse que no por existir otro medio de defensa judicial la tutela resulta improcedente. Es obligación del juez constitucional verificar si el dispositivo es idóneo y seguro para contrarrestar la situación, ya que de lo contrario, deberá conocer el fondo del asunto:

“la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción¹⁹. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”²⁰ (subraya fuera de texto).

3.2. En conclusión, el carácter subsidiario de la acción de tutela, solo permite su procedencia en los eventos en que a pesar de existir otro medio de defensa judicial, el mismo no sea suficiente y efectivo para garantizar el derecho de la persona, y cuando se pretende evitar un perjuicio irremediable²¹, el cual precisa de medidas inmediatas orientadas a impedir el daño o hacerlo más intenso, lo cual debe valorarse con particular cuidado en eventos donde el afectado es una persona de especial protección, como las de la tercera edad, los menores o quienes sufren enfermedades catastróficas²², para las cuales, se reitera, no puede existir mayor rigurosidad a la hora de estimarse.

¹⁸ Sentencia T-480 de 2011.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-580/06, T-972/05, T-068/06 y SU-961/99.

²⁰ Sentencia T-211 de 2009.

²¹ Sentencia T-1316 de 2001: “*el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable*”.

²² Sentencia T-090 de 2008.

4. Personas en estado de debilidad manifiesta e indefensión como consecuencia del deterioro de su salud

4.1. Desde el artículo 1º de la Constitución Política, el derecho a la dignidad humana fue consagrado como principio fundante del Estado Social de Derecho. En ese sentido, se refirió la sentencia T-1430 de 2000 al señalar que la dignidad humana es el “*pilar ético fundamental*”²³ del ordenamiento”²⁴.

El artículo 13 Superior dispone que es obligación del Estado colombiano proteger de manera especial a aquellas personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, dadas sus limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas:

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En ese mismo sentido, el artículo 47 de la Carta establece que se deberán adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para todos los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les debe procurar especial cuidado por parte del Estado:

“Según el ordenamiento constitucional e internacional, en el caso del tratamiento de una persona con discapacidad física o psíquica merece una especial protección y su tratamiento debe ser especializado, ya que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y deben ser sujetos de atención adecuada (...) ‘De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos tienen derecho a que el Estado adelante una política de previsión, rehabilitación e integración social en su favor, y a que se les preste la atención especializada que requieran’”²⁵.

4.2. Al respecto la jurisprudencia constitucional, de manera reiterada, ha estimado que los niños, niñas y adolescentes²⁶, personas discapacitadas²⁷ o de avanzada edad²⁸, son sujetos de especial protección y, por lo tanto, la salud de los mismos tiene connotación de derecho fundamental, sin que para su amparo

²³ “En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento”.

²⁴ Sentencia T-881 de 2002.

²⁵ Sentencia T-035 de 2011.

²⁶ Sentencia T-036 de 2013.

²⁷ Sentencia T-035 de 2011.

²⁸ Sentencia T-1087 de 2007.

se precise que se encuentre en conexión con otra garantía fundamental. En esta medida ha precisado:

“tratándose de personas que por sus condiciones de debilidad manifiesta son sujeto de especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, los discapacitados y los adultos mayores (C.P. arts. 13, 46 y 47), la salud tiene el alcance de un derecho fundamental autónomo, sin que surja la necesidad de demostrar conexidad alguna con otros derechos de tal rango, para efectos de disponer su protección constitucional a través de la acción de tutela”²⁹.

Dentro de los disminuidos físicos y por supuesto de especial protección se ha incluido a quienes padecen enfermedades ruinosas o catastróficas, como el VIH –virus de inmunodeficiencia humana- y SIDA –síndrome de inmunodeficiencia adquirida-, en la medida que se trata de afecciones que originan quebrantos de salud de manera acelerada:

“se ha considerado que el V.I.H. – SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas”³⁰.

De ese mismo modo, en sentencia T-948 de 2008, este Tribunal afirmó que las personas portadoras de VIH o SIDA son sujetos de especial protección constitucional, porque se trata de *“una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran”*.

4.3. De otro lado, se ha señalado que la protección que se brinda a las personas en estado de vulnerabilidad puede ser de dos clases: (i) mediante la estabilidad laboral, a fin de evitar omisiones en el pago de sus incapacidades mientras se encuentran suspendidos y que la enfermedad no sea la causa de su retiro o cambio de condiciones en su labor, y (ii) con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en los casos en que no es posible mantenerlo en el cargo³¹.

²⁹ Sentencia T-420 de 2007.

³⁰ Sentencia T-262 de 2005.

³¹ Sentencia T-140 de 2016: *“puede ocurrir que se determine que el afiliado no va a recuperarse y, en consecuencia, se proceda a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral por parte de las juntas regionales o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de lo que pueden derivarse dos situaciones. La primera es que se determine la pérdida de la capacidad laboral superior al 50 % donde el afiliado podrá optar por una pensión de invalidez. En el segundo caso, al trabajador le es declarada una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 % por lo que, en principio, debería ser reincorporado al trabajo “en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*.

Ese amparo se ha fundamentado en los principios de igualdad y solidaridad, consagrados en los artículos 1º, 13-3 y 48 de la Constitución Política, y conforme con los cuales esta Corte ha expresado:

“con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios”³².

4.4. En resumen, las personas que padecen enfermedades catastróficas como el VIH son sujetos de especial protección, dada su debilidad manifiesta como consecuencia de sus limitaciones corporales o psicológicas, y por lo mismo sus derechos pueden ser amparados por la acción de tutela, bien mediante la estabilidad laboral o el otorgamiento de la pensión de invalidez.

5. Derecho a la pensión de invalidez.

5.1. El modelo en que fue organizada la República, como Estado Social de Derecho, incluye diversas garantías para los colombianos, entre ellas la Seguridad Social. El artículo 48 Superior la consagra como un derecho irrenunciable y que debe ser garantizado por los gobernantes, al establecer:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

Del mismo modo, la norma en cita consagra el principio de progresividad de la seguridad social, que implica la prohibición de reducir o recortar las garantías otorgadas en esta materia, es decir, *“no puede existir regresividad en cuanto a las prestaciones concedidas por el Estado, ya que una medida de tal naturaleza, se entendería como no ajustada a la Constitución, pues al contrario, a aquél corresponde garantizar coberturas más amplias que tiendan a la búsqueda de la universalidad en los contenidos mínimos de esos derechos prestacionales”*³³.

Precisamente sobre ese tópico, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también señaló la necesidad de no permitir las medidas regresivas, al establecer en los artículos 2º y 4º:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente,**

³² Sentencia SU-256 de 1996.

³³ Sentencia T-710 de 2009.

por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Asimismo, establece que los Estados Partes “*reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*”³⁴ (énfasis fuera del original).

5.2. De otro lado, el artículo 53 de la Carta establece el principio de favorabilidad, al consagrar como tal la “*situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*”. Máxima que obliga al funcionario judicial a optar por la posición más benigna para el trabajador. Al respecto esta Corporación ha señalado:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se

³⁴ Art. 11-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho"³⁵.

En correlación con esta máxima se halla el principio *pro homine*, según el cual "*las normas han de ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura de que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de las personas*"³⁶.

5.3. Ahora, en desarrollo del artículo 48 Superior se implementó la Ley 100 de 1993, en cuyo articulado se encuentran diversas normas relacionadas con los regímenes de pensiones, salud, riesgos laborales y servicios sociales, que componen la Seguridad Social Integral, definida como:

"el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad"³⁷.

Significa lo anterior, que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones contiene una buena gama de beneficios para la asistencia personal y económica orientada a amparar los riesgos de vejez, invalidez y muerte, entre otros.

5.4. En torno al caso concreto, se considera procedente hacer alusión de manera exclusiva a la pensión de invalidez. En efecto, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 considera inválido a quien "*por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*".

Esta Corporación también ha definido ese estado como aquel en el cual la persona "*no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada*"³⁸.

³⁵ Sentencia T-871 de 2005.

³⁶ Sentencia T-121 de 2015.

³⁷ Preámbulo de la Ley 100 de 1993.

³⁸ Sentencia T-561 de 2010.

Con relación a la pensión de invalidez se ha dicho que es un auxilio otorgado por el Sistema de Seguridad Social ante la carencia o menoscabo considerable de la capacidad para laborar³⁹, en otras palabras, se trata de una prestación económica que se concede a quienes no pueden laborar por la pérdida de sus facultades para trabajar y atender sus necesidades. Su reconocimiento se hace por la vía ordinaria, no obstante, cuando se está en presencia de personas de especial protección, esta Corte lo ha concedido mediante la acción de tutela:

“En efecto, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez como elemento constituyente del derecho a la seguridad social es susceptible de amparo por medio de la acción de tutela cuando su desconocimiento ponga en peligro derechos que tengan el carácter de fundamentales. Así mismo, adquiere el rango de fundamental cuando se comprometa la efectividad del ‘derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez’. Lo anterior, debido a que por medio de dicha acreencia laboral se obtiene prestaciones económicas y en salud esenciales e irrenunciables (artículo 48 C.P) que tienen por finalidad compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de capacidad laboral”⁴⁰.

5.5. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1º de la Ley 860 de 2003, consagra como requisitos para la pensión de invalidez que (i) la persona se encuentre afiliada al sistema, (ii) que haya sido declarada inválida por la autoridad respectiva, (iii) haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración o al hecho causante de la misma⁴¹.

No obstante lo anterior, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contenía otros requisitos para acceder a la pensión de invalidez:

“Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

³⁹ Sentencia T-262 de 2012.

⁴⁰ Sentencias T-290 de 2005, y T-1251 de 2005.

⁴¹ Art. 39 Ley 100 de 1993: “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema 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 últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

El Decreto 917 de 1999, que modificó su homólogo 692 de 1995, señala que el momento en el cual se configura la inhabilidad es aquel en que:

“se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en **forma permanente y definitiva**. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, **y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación**” (resalto fuera de texto).

Lo expuesto significa que la enfermedad se estructura a partir del momento en que la persona pierde, de manera irreversible, sus capacidades o habilidades, para ejecutar las tareas que le permitan obtener su sustento, es decir, se encuentra impedida para sostenerse por sí misma. En cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez, existen casos en que coincide con la data en que se presentó el hecho y en otros eventos no concuerdan con el día señalado por el dictamen sobre pérdida de capacidad laboral.

En efecto, tratándose de accidentes o enfermedades que privan, de manera inmediata, a la persona de todas sus habilidades para trabajar, la fecha del experticio médico corresponde con la del acontecimiento. Empero, cuando se trata de afecciones de carácter crónico, degenerativas o hereditarias, donde las facultades laborales van disminuyendo poco a poco, la persona mantiene por otro tiempo la posibilidad de producir hasta que por su estado no puede hacerlo y tampoco cotizar al sistema de salud. En esas condiciones la data de la invalidez es diferente a la establecida por la Junta de Calificación.

5.6. Este Tribunal en varias ocasiones ha sostenido que: *“las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.”⁴² Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez”⁴³.*

Una persona tiene derecho a la pensión de invalidez cuando es declarada como tal y cumple con los requisitos señalados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 o la norma que más le favorezca. La discusión se presenta es en

⁴² (i) En los casos que se enmarcan dentro del presupuesto señalado, la fecha de estructuración no responde a este criterio; por el contrario, se establece en un momento en que los síntomas de la enfermedad -crónica, degenerativa o congénita- se hacen notorios, pero no son definitivos. (ii) El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 (Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995 -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.-) define la fecha de estructuración de la invalidez como *“la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”*.

⁴³ Sentencia T-885 de 2011.

torno a las enfermedades de tipo degenerativas, donde, como se dijo, la eventualidad se determina por las primeras manifestaciones, cuando a pesar de ello el sujeto puede continuar laborando hasta que pierde definitivamente sus facultades⁴⁴. En este caso, se reitera, la inhabilidad solo puede predicarse a partir del instante en que al sujeto le es imposible realizar sus tareas.

En anterior oportunidad esta Corte en sentencia T-801 de 2011 amparó los derechos de una persona con una enfermedad degenerativa, respecto de la cual dos entidades administradoras de pensiones se negaban a reconocer el auxilio. En efecto, Porvenir S.A. negó la prestación porque para el momento de la estructuración de la dolencia se hallaba afiliada al ISS, y este, a su vez, la rechazaba porque era Porvenir el fondo donde se encontraba inscrita para esa época. Las razones para conceder la tutela y ordenarle al Fondo Privado otorgar transitoriamente el derecho se concretaron así:

“La AFP Porvenir es la última entidad a la que el accionante efectivamente estuvo afiliado. De hecho, el 7 de febrero de 2002, el peticionario reportó traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y su afiliación a Porvenir, comenzó a surtir efectos desde el 1 de abril del mismo año. De igual manera, a pesar de que se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 1 de agosto de 1998, sólo hasta agosto de 2010, es decir, doce (12) años después se calificó la invalidez, lo que tiene sentido en el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor padece una enfermedad degenerativa (insuficiencia renal terminal) y a pesar de los síntomas siguió trabajando y cotizando al Sistema General de Pensiones, hasta el momento en que definitivamente no pudo seguirlo (sic) haciéndolo, teniendo que solicitar la calificación de pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez. No puede perderse de vista que el peticionario se afilió a Porvenir hace 9 años, y que ambas solicitudes se realizaron cuando el peticionario se encontraba a dicho Fondo. Esto, por supuesto, con independencia del traslado de los aportes que debe realizar el ISS y los bonos pensionales que concurren en este caso, asunto que como ya se dijo, no es factible definirlo en este escenario, ni puede constituir de ninguna manera una barrera de acceso al goce efectivo del derecho a la pensión del actor, como quiera que es un trámite interadministrativo que no es de su resorte.

5.3.2. En segundo término, la Sala advierte que el argumento esgrimido por la AFP Porvenir, según el cual, no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque en la fecha en que se estructuró la invalidez, estaba afiliado al ISS, no es de recibo. Ello, porque, con base en los precedentes de esta Corte,⁴⁵ es viable concluir que,

⁴⁴ Sentencia T-710 de 2009.

⁴⁵ En la sentencia T-699A de 2007, al revisar el caso de persona a quien se le había determinado una fecha retroactiva de estructuración de invalidez y continuó cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, señaló: “(...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse

independientemente de que la fecha de estructuración de la invalidez sea el 1 de agosto de 1998, la calificación de la invalidez es de agosto de 2010 y el actor siguió cotizando al sistema General de Pensiones doce (12) años más, de hecho, su traslado de régimen fue posterior a esa fecha, pues se hizo el 7 de febrero de 2002. Lo anterior significa que, a pesar de que en el dictamen del 30 de diciembre de 2009 se establece que el señor Murillo perdió su capacidad laboral el 1 de agosto de 1998, fecha en que se estructuró su invalidez, en realidad el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo exige el Decreto 917 de 1999⁴⁶, el 30 de octubre de 2010, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que siguió laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones, durante 12 años aproximadamente⁴⁷.

5.7. Lo expuesto permite concluir, que en casos de enfermedades degenerativas, las administradoras deben tener en cuenta la fecha en que la persona pierde definitivamente su capacidad laboral, ya que es a partir de allí que no puede laborar y cotizar al sistema de seguridad en salud. Además, que en términos de la Seguridad Social deben prevalecer los principios de favorabilidad y progresividad consagrados en la Carta.

6. Cargas administrativas⁴⁸

6.1. Esta Corporación ha sostenido de manera pacífica que no obstante que las entidades administrativas están legitimadas para imponer los requisitos tendentes a obtener las diversas prestaciones económicas, los mismos no pueden tornarse en trabas infranqueables para los usuarios, ya que de ser así terminan violando sus derechos fundamentales. En ese orden de ideas, lo que se pretende es que no se traslade al trabajador las dudas que existan sobre los responsables de las prestaciones que se pretenden obtener bajo el pretexto de garantizar el principio de legalidad. En ese sentido se pronunció esta Corte en sentencia T-801 de 2011, al señalar:

casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez” (negrilla por fuera del texto original). En el mismo sentido también se puede consultar la sentencia T-710 de 2009.

⁴⁶ “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995” Manual Único para la Calificación de la Invalidez. En su artículo 2 define los conceptos de invalidez, de capacidad laboral y trabajo habitual. “(...) *Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.*”

⁴⁷ Sentencia T-801 de 2011.

⁴⁸ La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se sustenta en la sentencia T-524 de 2015.

“la carga que conlleva los conflictos entre distintas administradoras de fondos de pensiones, sobre cuál es la que debe asumir el respectivo reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales, no puede ser trasladada al titular del derecho, mucho menos, cuando, (i) no está en duda la titularidad del derecho, (ii) el titular es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) depende del pago de la pensión, para satisfacer su mínimo vital y el de su familia”⁴⁹.

Posteriormente, en sentencia T-799 de 2013, se mantuvo ese razonamiento, al indicar que *“La incertidumbre sobre la responsabilidad y la definición de ciertos trámites administrativos, frente a dicha prestación, no puede ser trasladada al asegurado, so pretexto de salvaguardar el principio de legalidad y algunas cargas empresariales o institucionales; menos aún, cuando existe plena certeza de que este ha consolidado el derecho”*. Y como ejemplo de ello se señalaron las discusiones entre los fondos de pensiones para definir una petición al respecto, alegando duda sobre la entidad que debe reconocerla. Así mismo en sentencia T-936 de 2014, se expresó:

“De esta manera, abundante jurisprudencia⁵⁰ de la Corte Constitucional ha reconocido que las cargas administrativas no pueden ser trasladadas a la parte más débil de la relación, y por lo tanto, este no puede ser argumento para negar el reconocimiento de un derecho pensional cuando se ha cumplido con los requisitos para ello”.

Lo anterior significa que las entidades o empresas que conforman el Sistema de Seguridad Social deben reconocer los derechos, de manera pronta, cuando advierten que las personas reúnen los requisitos para acceder a las prestaciones sociales:

“En esa medida, tales entidades no pueden olvidar que los requisitos establecidos por el legislador para el reconocimiento de derechos pensionales no pueden convertirse en una disculpa para actuar de manera indebida e inoportuna, cuando a sabiendas de que una persona acredita el tiempo y la edad requerida para obtener la prestación, utiliza esos mismos requisitos establecidos en la norma para imponer trabas al reconocimiento del derecho que se reclama⁵¹. La imposición de trámites administrativos excesivos constituye entonces una traba injustificada e inaceptable para el goce efectivo de ciertos derechos fundamentales como la vida, la seguridad social, el mínimo vital y el derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales, carga que no debe recaer ni ser soportada por el interesado”⁵².

⁴⁹ Sentencia T-801 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁰ Sentencias T-128 de 2012, T-574 de 2012, T-702 de 2013, entre otras.

⁵¹ Cfr. Sentencia T-1091 de 2000.

⁵² Sentencia T-524 de 2015.

6.2. De lo anterior se infiere, que las entidades administradoras de los fondos de pensiones tienen el deber de garantizar los derechos de los asegurados, sin que al respecto se les impongan trabas que impliquen cargas administrativas susceptibles de ser resueltas por las mismas, más no por el trabajador.

Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará la Sala a evaluar el asunto puesto a su consideración.

7. Caso concreto

7.1. El señor Otto interpuso acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra Colpensiones, al considerar violados sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y a la salud, por cuanto, luego de otorgarle la pensión de invalidez, pretenden revocarla y para ello le han solicitado su autorización. Lo anterior, porque en sentir de la entidad, al momento de estructurarse la invalidez (7 de octubre de 2000) el actor se hallaba vinculado a Protección S.A. mas no a Colpensiones.

Esta entidad, al responder la acción de tutela, señaló que el actor se afilió a esa administradora el 1 de octubre de 1999 “*como traslado del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones*”. No obstante, con la entrada en vigencia del Decreto 3995 de 2008, se realizó un cruce de información con el ISS, logrando establecer “***que el accionante no había realizado aportes a Protección S.A., por tal razón se entendía vinculado a la administradora en la cual se registran sus aportes, que para el caso del señor Otto era precisamente el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones***”⁵³ (resalto del texto).

Indicó que en cumplimiento a lo establecido por la normatividad en cita, “*la afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. del señor Otto, debió ser anulada, y se determinó que la afiliación válida es la celebrada con el Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones*”⁵⁴.

Además, insistió que la fecha de estructuración de la invalidez, certificada por Colpensiones, fue del primero (1º) de octubre de dos mil (2000), fecha en la cual el actor se hallaba afiliado a esta. En síntesis, consideró que no vulneró derecho alguno al actor y solicitó que de llegar a concederse el amparo, se hiciera de manera transitoria, mientras que se tramita la demanda ordinaria⁵⁵. La administradora pública, a pesar de habersele comunicado, no respondió la acción de tutela.

7.2. Ahora, revisados los medios de convicción debe advertirse que la presente acción es procedente en la medida que la misma cumple con los requisitos de

⁵³ Fl. 38 cuaderno de 1ª instancia.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Fls. 37 a 41 op cit.

inmediatez y subsidiariedad. En cuanto al primero, porque fue interpuesta el 13 de noviembre de 2015, es decir, a solo 23 días de haberse expedido la resolución núm. GNR322691 del veinte (20) de octubre del citado año, lo que demuestra que se presentó en un término razonable. En torno a la subsidiariedad, debe señalarse que si bien el actor cuenta con otro medio de defensa judicial ordinario, no puede desconocerse que ese mecanismo no resulta idóneo y eficaz, en la medida que la espera a que se decida cuál es la entidad que debe otorgar la pensión hace más gravosa la situación del accionante, por ser una persona que padece una enfermedad catastrófica – VIH-, y ha perdido su capacidad laboral en un 60.30%, por lo tanto precisa de medidas urgentes e inmediatas.

7.3. En este orden de ideas debe la Sala determinar si ¿Colpensiones vulneró los derechos fundamentales invocados por el señor Otto, al expedir la Resolución núm. GNR322691 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), por la cual le otorga un (1) mes para que autorice la revocatoria de la pensión de invalidez o, de lo contrario, se procedería a ejercer las acciones legales? Del acervo probatorio arrojado a la actuación, se desprende lo siguiente:

7.3.1. Que el veinticuatro (24) de diciembre de dos mil catorce (2014), el señor Otto fue calificado por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 60.30% y portador del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH). Invalidez estructurada a partir del siete (7) de octubre de dos mil (2000).

7.3.2. Que mediante Resolución núm. GNR201273 del seis (6) de julio de dos mil quince (2015), Colpensiones reconoció y ordenó pagar al señor Otto⁵⁶ la pensión de invalidez, a partir del primero (1º) de julio de ese año por valor de \$644.350, toda vez que fue calificado⁵⁷ con el 60.30% de discapacidad, estructurada a partir del siete (7) de octubre de dos mil (2000). Lo anterior, señaló la entidad, al aplicar la condición más beneficiosa en materia de pensión, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia:

“Que la condición más beneficiosa debe aplicarse únicamente cuando el siniestro (fallecimiento o invalidez) es ocurrido en vigencia de la Ley 100 de 1993, como es el caso en estudio y en consecuencia no reuniendo el asegurado los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el régimen aplicable, es el anterior, es decir, el establecido en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año”⁵⁸.

7.3.3. Inconforme el accionante con el anterior acto administrativo, en la medida que pretendía se le reconociera la pensión a partir del 1º de octubre de

⁵⁶ Nacido el 21 de enero de 1955 en Manizales (Caldas), ver. fl. 21 cuaderno de 1ª instancia.

⁵⁷ Fls. 15 a 18

⁵⁸ Fl. 11

2000, interpuso los recursos ordinarios. En respuesta, Colpensiones emitió la Resolución núm. GNR322691 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), en la cual negó el retroactivo y, a pesar de que acepta que el actor acredita un total de 699 semanas cotizadas a esa entidad, dispuso en el numeral segundo “*Requerir al señor OTTO ya identificado, la autorización para proceder a la revocatoria de la resolución GNR201273 del 6 de julio de 2015*”, concediéndole un (1) mes para que presentara el respectivo documento y, de no hacerlo, procederían a ejercer las acciones legales⁵⁹. Como razones de esa decisión se indicó:

“Que obra concepto emitido por COLPENSIONES en el cual se califica una pérdida del 60.30% de su capacidad laboral estructurada el 7 de octubre de 2000 mediante dictamen No: 201483647RR del 24 de diciembre de 2014.

Que consultado el aplicativo de Historia Laboral se pudo evidenciar que el solicitante presentó Traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al Régimen de Solidaridad de Prima Media con Prestación Definida, ISS hoy Colpensiones el 01/12/2002.

No obstante lo anterior, consultado el aplicativo SIAFP se evidencia que el señor OTTO, ya identificado, el 11 de octubre de 2002 solicitó su traslado del (sic) PROTECCION S.A. a COLPENSIONES teniendo como fecha definitiva el 01 de diciembre de 2002.

De acuerdo a lo anterior se tiene que a la fecha de estructuración de la invalidez es decir al 7 de octubre de 2000 el señor OTTO ya identificado, se encontraba afiliado a PROTECCIÓN S.A.”⁶⁰.

7.3.4. Revisada la historia del actor, aportada por Colpensiones se advierte que los empleadores de éste cotizaron en pensiones para el mismo entre 1972 y 1996. A partir de este último año, existe un vacío sin aportes hasta octubre de 2007, cuando el actor lo hizo como trabajador independiente y dejó de hacerlo en noviembre de 2011, para un total de 904.88 semanas:

Identificación Empleador	Nombre o razón social	Desde	Hasta	Núm. Semanas cotizadas
4012401212	Inversiones San Diego	11/09/1972	07/11/1972	8,29
4326106158	Morissi Principal	31/12/1974	07/05/1975	18,29

⁵⁹ Fl. 43: “*ARTÍCULO TERCERO (sic): Conceder, conforme al artículo 17 de la Ley 1437 de 2011, el plazo de (1) mes contabilizado a partir de la notificación del presente acto administrativo para que el asegurado presente el documento solicitado en el numeral anterior.*

ARTICULO CUARTO: Transcurrido el plazo señalado en el numeral anterior sin que el asegurado hubiese manifestado su consentimiento se procederá a iniciar las acciones legales a que haya lugar. Lo mismo ocurrirá en caso que el asegurado niegue el consentimiento para la revocatoria del acto administrativo”.

⁶⁰ Fl. 43 *idem*

4322001619	Puentes G. Blanca Y.	23/04/1976	23/02/1977	43,86
4012001519	Solano Franco Lilia	02/01/1976	31/01/1980	108,57
4322402155	Molina M. Fabio H.	16/10/1980	24/06/1982	88,14
4328202521	Victoria y Cía Ltda.	02/04/1987	18/01/1988	41,71
2028211153	Martha Muñoz Erazo	20/04/1988	11/04/1989	51,00
2028211153	Martha Muñoz Erazo	07/06/1989	31/12/1994	290,57
31162138	Martha Muñoz Erazo	01/01/1995	31/01/1995	4,29
31162138	Martha Muñoz Erazo	01/02/1995	31/08/1995	30,00
31162138	Martha Muñoz Erazo	01/09/1995	30/09/1995	4,29
31162138	Martha Muñoz Erazo	01/10/1995	31/10/1995	4,29
31162138	Martha Muñoz Erazo	01/11/1995	31/12/1995	6,00
31162138	Martha Muñoz Erazo	01/01/1996	30/11/1996	0,00
2515454	Otto	01/10/2007	31/12/2007	12,86
2515454	Otto	01/01/2008	31/01/2008	4,29
2515454	Otto	01/02/2008	29/02/2008	4,29
2515454	Otto	01/03/2008	31/01/2009	42,86
2515454	Otto	01/02/2009	31/01/2010	51,43
2515454	Otto	01/02/2010	31/12/2010	47,14
2515454	Otto	01/01/2011	31/01/2011	4,14
2515454	Otto	01/02/2011	31/10/2011	38,57
			TOTAL	904,88

7.3.5. Por su parte, Protección S.A., al responder⁶¹ la tutela, aceptó que el accionante se afilió el 1º de octubre de 1999. Sin embargo, como no hubo aportes su vinculación fue anulada “y se determinó que la afiliación válida es la celebrada con el Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones”, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3995 de 2008:

“En aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones”.

Como sustento, adjuntó copia del registro emitido por el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones –SIAFP- del cual se desprende que la multifiliación con el ISS fue definida en favor de este el 16 de octubre de 2008, con fundamento en el Decreto 3995 de 2008⁶².

Posteriormente, Protección S.A., en otra comunicación, reiteró que no era posible enviar la historia del accionante “*toda vez que el mismo no presentó*

⁶¹ Fls. 45 a 49

⁶² Fl. 50

aporte alguno a este Fondo de Pensiones”⁶³ y anexó copia de oficio dirigido al petente en el cual insisten que no realizó pago alguno a esa administradora⁶⁴.

7.3.6. De lo anterior se infiere que si bien el peticionario se inscribió a Protección S.A. el primero (1º) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999) y para el momento de estructuración de la invalidez -7 de octubre de 2000, según Colpensiones- presuntamente se hallaba vinculado en aquella, lo cierto del caso es que esa inscripción fue anulada por ausencia de aportes. Por el contrario, el ISS recibió todas las cotizaciones -904.88 semanas-, razón por la cual la multiafiliación se resolvió en favor de la última entidad, conforme con las prescripciones del artículo 5º del Decreto 3995 de 2008⁶⁵.

Además, no puede desconocerse que al accionante se le otorgó la pensión de invalidez con fundamento en el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que imponía como condición la cotización de (i) 150 semanas en 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la invalidez o (ii) 300 en cualquier época, pero anteriores a ese estado. Ello al aplicar la condición más favorable, contenida en la Circular 01 de 2012⁶⁶.

⁶³ Fl. 27 cuaderno trámite de revisión

⁶⁴ Fl. 28

⁶⁵ “Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, compartibilidad pensional. En aquellos casos en que el traslado de Régimen Pensional se haya efectuado atendiendo el término de permanencia mínima pero no se hayan hecho cotizaciones a la entidad seleccionada, por una única vez, para aquellas situaciones presentadas hasta 31 de diciembre de 2007, la persona se entenderá vinculada a la administradora a la cual ha realizado las cotizaciones.

Por otra parte, salvo las situaciones planteadas en el inciso anterior, cuando se realicen cotizaciones a cualquier administradora distinta de la seleccionada válidamente por el afiliado, se debe proceder a regularizar la situación, trasladando las cotizaciones y la información a la administradora seleccionada válidamente y a la cual se encuentra vinculado el afiliado, atendiendo el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994.

En aquellos casos en que por una persona se hayan realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Esta situación deberá ser informada al afiliado y al empleador para que se proceda a afiliar estos trabajadores al Sistema, mediante la suscripción del formulario respectivo. En este evento se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas antes de la fecha de afiliación.

Cuando el afiliado presente simultaneidad en la fecha de vinculación a los dos regímenes pensionales, se entenderá vinculado a la administradora en donde haya efectuado el mayor número de cotizaciones efectivas. En virtud de la incompatibilidad de regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994”.

⁶⁶ “Para efectos del estudio de pensiones de invalidez y sobrevivientes, se dará aplicación al principio de la condición más beneficiosa en aquellos casos en donde el hecho generador de la pensión se cause entre la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) y la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003) y que no reúnan el requisitos de semanas requeridas señaladas en estos últimos, siendo entonces pertinente estudiar la prestación bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990.

Con respecto a las pensiones que se causen con posterioridad a la entrada en vigencia de las Leyes 797 y 860 de 2003 se debe reconocer las pensiones de invalidez y sobrevivientes aplicando la norma vigente a la fecha de la estructuración de la invalidez o de la fecha del fallecimiento del afiliado, habida consideración que la Ley 797 de 2003 en pensión de sobreviviente y la Ley 860 de 2003 en invalidez tienen requisitos menos restrictivos que los que tenía la Ley 100 de 1993, por lo que en virtud del principio de progresividad ya no es procedente acudir a la normatividad anterior para dirimir conflictos normativos para el reconocimiento de este tipo de pensiones”.

En efecto, verificada la actuación, se observa que el señor Otto cotizó un total de 904,88 semanas entre los años 1972 y 2011. En ese período tuvieron vigencia varias normatividades: el Decreto 758 de 1990 y la Ley 100 de 1993. De ellas, con fundamento en el artículo 53⁶⁷ de la Constitución Política, debe aplicarse la más favorable al trabajador, esto es, la establecida por el Decreto, toda vez que si bien el número de semanas se aumenta, su cotización puede hacerse en cualquier época con anterioridad a la discapacidad, mientras que la Ley precisa de 50 pero dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, condición que no cumple el actor.

7.3.7. De otro lado, siguiendo las directrices del artículo 5° del Decreto 3995 de 2008, la prestación debe ser pagada por Colpensiones, como acertadamente lo sostuvo Protección S.A. al aceptar que el actor estuvo vinculado a ese fondo pero su afiliación fue anulada, por no haber realizado cotizaciones al mismo:

“Así las cosas, en cumplimiento de lo establecido en el **Decreto 3995 de 2008**, la afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. del señor Otto, **debió ser anulada**, y se determinó que la afiliación válida fue la celebrada con el Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones” (énfasis añadido).

7.3.8. Así las cosas, se concluye que los derechos fundamentales del señor Otto se encuentran amenazados por Colpensiones, en la medida que pretende revocar la resolución que le concedió la pensión de invalidez, a pesar de haber cotizado las semanas requeridas por el Decreto 758 de 1990 -ver numeral 7.3.6- y haberse resuelto la multifiliación en favor de la misma, con fundamento en el Decreto 3995 de 2008. De ello dan fe (i) el acto administrativo núm. GNR322691 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015), en el cual se requirió al actor para que aportara su autorización o de lo contrario se ejercerían las acciones pertinentes⁶⁸, y (ii) el reporte de semanas cotizadas y reseñadas con anterioridad⁶⁹.

7.3.9. Finalmente, en atención a las circunstancias especiales del actor, esto es, que se trata de una persona de 61 años de edad, con una discapacidad del

⁶⁷ “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”

⁶⁸ “ARTÍCULO SEGUNDO: Requerir al señor OTTO ya identificado, la autorización para proceder a la revocatoria de la resolución GNR 201273 del 6 de julio de 2015”.

⁶⁹ Ver fol. 45 cuaderno de revisión.

60.30% proveniente del Virus de Inmunodeficiencia Humana –VIH-, que se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos para mantener la pensión de invalidez y que la responsable de la misma es Colpensiones, se concederá el amparo de manera definitiva, con el fin de impedir la afectación de su mínimo vital.

Lo anterior, porque no se le puede imponer la carga de esperar a que los Fondos discutan a quién le corresponde cubrir la prestación, cuando esa situación ha quedado debidamente dilucidada en este trámite, al señalarse por el artículo 5 del Decreto 3995 de 2008 que la entidad responsable de la prestación es aquella que recibió las cotizaciones, para el caso concreto: Colpensiones. Circunstancia igualmente reportada por el Sistema de Información de los Afiliados a Fondos de Pensiones –SIAFP-, al señalar que la multiafiliación se decidió el 16 de octubre de 2008 “a favor del ISS”⁷⁰.

7.3.10. En ese orden de ideas, se revocará el fallo del 4 de diciembre de 2015 proferido por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín que negó el amparo y, en su lugar, se concederá. Además, se ordenará a Colpensiones **inaplicar lo dispuesto en los numerales segundo, tercero y cuarto de la Resolución núm. GNR322691 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015)**, en los cuales se determinaba tramitar la revocatoria del acto administrativo que concedió la pensión de invalidez y, en consecuencia, se continúe pagando la prestación en los términos que se ha venido haciendo.

7.3.11. Asimismo, se prevendrá a Colpensiones para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas que amenacen los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de seguridad social, especialmente tratándose de personas de especial protección constitucional, como lo es transferirles la carga de soportar trámites encaminados a dirimir divergencias entre las entidades administradoras, cuando es claro que no hay discusión en torno a la titularidad del derecho a percibir la pensión, sino que la discrepancia tiene que ver con quién está llamado a asumir el pago de la misma

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el cuatro (4) de diciembre de dos mil quince (2015) por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito con

⁷⁰ Ver fol. 50 del cuaderno de revisión.

Funciones de conocimiento de Medellín dentro del proceso de la referencia, mediante la cual negó la petición impetrada. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, mínimo vital y a la salud, del señor Otto.

SEGUNDO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- **inaplicar lo dispuesto en los numerales segundo, tercero y cuarto de la Resolución núm. GNR322691 del 20 de octubre de 2015,** por medio de los cuales pretendía revocar la pensión de invalidez otorgada al accionante y, en consecuencia, **se continúe pagando la prestación en la forma que se ha venido haciendo.**

TERCERO. Por secretaría, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. PREVENIR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas que amenacen los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de seguridad social, en particular tratándose de sujetos de especial protección constitucional, como lo es transferir a las personas la carga de soportar trámites encaminados a dirimir divergencias entre las entidades administradoras, cuando es claro que no hay discusión en torno a la titularidad del derecho a percibir la pensión, sino que la discrepancia tiene que ver con quién está llamado a asumir el pago de la misma.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

