

T-112-16

Sentencia T-112/16

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-No se observa ningún riesgo para los derechos a la vida y a la salud del demandante por cuanto se encuentra afiliado al sistema como consecuencia de una orden judicial

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable

PENSION DE INVALIDEZ-Diferencia de regímenes

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Jurisprudencia constitucional

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

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

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

SERVICIO SOCIAL COMPLEMENTARIO DE BENEFICIOS ECONOMICOS PERIODICOS (BEPS)-Requisitos para acceder

Referencia: expediente T-5.206.885

Acción de tutela instaurada por Francei

Gómez Ararat contra Colpensiones y

Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali el 4 de junio de 2015 y, en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad -Sala de Decisión Constitucional- el 28 de julio del mismo año, dentro de la acción de tutela promovida por Francei Gómez Ararat contra Colpensiones y Coomeva EPS.[1]

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

a) El accionante, de 48 años de edad,[3] fue diagnosticado con VIH C3[4] (virus de inmunodeficiencia humana- estadio3) y calificado con una pérdida de capacidad laboral del 71.5% estructurada desde el 11 de noviembre de 2013.[5]

b) Con motivo de su diagnóstico y del deterioro paulatino de su estado de salud, el peticionario solo logró desempeñarse laboralmente y efectuar aportes pensionales y a salud hasta finales del año 2014, época para la cual llevaba un historial de más de 180 días de incapacidad.[6]

c) Debido a lo anterior, el 30 de octubre de 2014 el señor Gómez Ararat solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez; sin embargo, mediante resolución del 22 de abril de 2015,[7] la aseguradora le informó que no era posible acceder a su petición como quiera que no cumplía con uno de los requisitos contemplados por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, relacionado con la densidad de aportes al sistema, esto es, con las 50 semanas de cotización exigidas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad. Contra este acto administrativo el señor Gómez Ararat no presentó recurso alguno.

d) En efecto, de acuerdo con la historia laboral actualizada,[8] el accionante ha realizado aportes discontinuos desde 1988 hasta 2014; cuenta con 101,29 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales ninguna está registrada en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su enfermedad y sólo posterior a esta fecha tiene 25,71 semanas:

e) El señor Gómez Ararat precisó que dicha historia laboral no refleja lo realmente cotizado, como quiera que entre septiembre de 2013 y octubre de 2014 realizó aportes como trabajador independiente, sin que los mismos hubieran sido registrados oportunamente por Colpensiones en su sistema de información. Para el efecto, aportó al escrito de tutela ocho comprobantes de “Recaudo Aportes PILA” correspondientes a los meses de enero a agosto de 2014, sin especificación de pago, es decir, sin precisar si el mismo iba dirigido a salud, a pensión o a los dos.[9]

f) Señaló el peticionario además que, debido a la falta de recursos económicos para continuar realizando los aportes al Sistema General de Seguridad de Salud, Coomeva EPS le suspendió la prestación del servicio y la entrega de los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad a inicios de 2015, motivo por el que quedó sin seguro alguno, a pesar de su delicada condición de salud.

g) Finalmente, el accionante señaló que es padre cabeza de familia, pues su esposa, la señora Gladys Angulo Alomia, falleció el 6 de septiembre de 2014,[10] quedando a cargo de dos hijos menores de edad, circunstancia que, afirma, agrava más su situación, pues al no contar con ningún ingreso pensional y estar desafiados del sistema de salud,

“(…) se [encuentran] viviendo de [una] manera marginal (…)”.[11]

1.2. Solicitud

De acuerdo con los hechos anteriores, el peticionario solicitó al juez constitucional ordenar (i) a Colpensiones, reconocerle la pensión de invalidez, como quiera que había sido “(…) error en [su] caso, manifestar que [tenía] menos de 50 semanas cotizadas [cuando] la misma certificación de ellos [daba] fe [de] que [tenía] 101 semanas cotizadas sin contar las otras cotizaciones [que había hecho] desde septiembre de 2013 hasta octubre de 2014 y que no [aparecían] en su registro”, y (ii) a Coomeva EPS, que le suministrare el tratamiento para su enfermedad y no le suspendiera la entrega de los medicamentos que requiere.

1.3. Contestación de las entidades accionadas

1.3.1. Coomeva EPS[12]

Mediante respuesta del 29 de mayo de 2015,[13] la analista jurídica de la entidad señaló que en la actualidad el accionante se encontraba retirado del servicio, como quiera que había estado afiliado al Plan Obligatorio de Salud en calidad de cotizante independiente hasta el día 31 de marzo de 2015. En efecto, explicó que el señor Gómez Ararat no realizaba ningún pago por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a Coomeva EPS desde octubre de 2014, razón por la que su retiro no se debía a una decisión caprichosa sino que se trataba de la consecuencia jurídica que atribuía el legislador a este tipo de casos de mora continuada.[14]

1.3.2. Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones-

Guardó silencio.

1.4. Decisiones objeto de Revisión

1.4.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 4 de junio de 2015, el Juez 22 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santiago de Cali, resolvió amparar parcialmente los derechos del peticionario. En efecto, concluyó que en virtud de la situación de urgencia del accionante y

del principio de continuidad que caracteriza el sistema, la EPS debía seguir prestando el servicio de salud hasta que el señor Gómez Ararat lograra afiliarse nuevamente a través del régimen subsidiado.[16] Sin embargo, en relación con el derecho pensional concluyó que no le asistía su reconocimiento puesto que no acreditaba las 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad, ni tampoco en consideración al mantenimiento de su capacidad laboral residual, sumaba dichos aportes con anterioridad a la fecha del dictamen por el mismo periodo de tiempo.

1.4.2. Impugnación y trámite entre instancias

El 6 de diciembre de 2015, el señor Gómez Ararat impugnó la sentencia de primera instancia, sin exponer argumentos adicionales a los ya esbozados en la demanda.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia

Admitida la impugnación, mediante providencia del 28 de julio de 2015, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó, en lo esencial, el fallo de primera instancia, argumentando que el accionante disponía de los medios ordinarios de defensa judicial para reclamar sus derechos pensionales y que si bien debía ampararse su derecho a la salud, debía adicionarse la orden permitiéndole a Coomeva EPS el recobro correspondiente ante el Fosyga por la atención integral que se había ordenado.

2. Actuaciones surtidas en sede de Revisión

2.1. Documentos e información allegada

2.1.1. Una vez el despacho conoció del expediente, advirtió que en el mismo no obraba información acerca de la situación familiar del accionante, ni sobre otros asuntos relacionados con su capacidad económica o la de sus hijos. Asimismo, observó que los soportes de recaudo de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que habían sido anexados al escrito de tutela, como prueba de las alegadas cotizaciones faltantes, estaban incompletos o eran ilegibles. Con motivo de ello, el despacho del Magistrado Sustanciador resolvió, mediante auto del 17 de febrero de 2016, solicitar la información pertinente.[17]

2.1.2. Mediante documentos enviados por correo electrónico a esta Corporación, registrados

en la Secretaría General los días 25 y 29 de febrero de 2016 e información suministrada telefónicamente,[18] el accionante señaló que su núcleo familiar estaba compuesto por tres de sus hijos, los menores José Barak Gómez Angulo, de 6 años;[19] Kely Johana Gómez Angulo, de 17 años,[20] y el joven Luis David Gómez Salamanca, quien ya es mayor de edad.[21] Indicó que los dos primeros dependen afectiva y económicamente de él, que José Barak se encuentra en básica primaria[22] mientras que Kely Johana acaba de ser admitida en la Universidad del Valle;[23] y que el último, si bien se encuentra en edad productiva, ya tiene “(...) su propio hogar (...) y siempre le colabora cada que puede, así como [sus] otros dos hijos mayores, que tienen sus familias aparte y que, [tal como en su caso], tienen situaciones económicas muy difíciles.”[24]

Agregó que el inmueble donde habita, estrato 2,[25] es una “herencia que sus padres les dejaron a él y a sus hermanos, y que todos viven en esa casa muy estrechos”. Adicionalmente, aclaró que tanto él como sus hijos pertenecen al régimen subsidiado en salud desde abril de 2015,[26] pues debido a su condición médica y a su incapacidad para laborar no puede cotizar al sistema ni generar ingresos propios, viviendo “(...) sólo entre la miseria mendigando a familiares y amigos para poder sobrevivir junto con [sus] hijos.”

Ahora, en relación con las presuntas semanas cotizadas no registradas por Colpensiones, de acuerdo con los comprobantes de pago detallados de las PILA[27] consultados en SOI (Servicio Operativo de Información), el despacho encontró que el señor Gómez Ararat había efectuado aportes a la seguridad social en calidad de cotizante independiente desde enero hasta septiembre de 2014; sin embargo, no en todos los periodos había cotizado a ambos seguros, esto es a salud y a pensión, puesto que solo de enero a marzo y de julio a septiembre se habían hecho los aportes correspondientes a Coomeva EPS y a Colpensiones AFP, y en los meses faltantes, abril, mayo y junio, sólo se efectuaron pagos a salud.[28] En tal sentido, la Sala concluyó que la historia laboral del accionante custodiada por Colpensiones sí contenía los últimos aportes efectivamente realizados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Por otra parte, el peticionario aportó con su respuesta, un certificado de incapacidad del año 2013, en el que consta que se encontraba vinculado laboralmente con la empresa Constru Ingenieros de Colombia S.A.S, al menos, por el periodo comprendido entre el 27 de noviembre y el 11 de diciembre de dicho año. Ante esta circunstancia, aunque el despacho

sustanciador le requirió mayor información sobre su vinculación con esta sociedad, actualmente liquidada, el demandante se limitó a señalar que se había “(...) vinculado a través de un señor (...)” y había laborado poco tiempo con ellos, antes de “caer enfermo”, sin presentar otros documentos que lo vincularan con la misma ni precisar los extremos de una presunta relación laboral, dado que “no lo recordaba”. En efecto, a pesar de señalar que a finales del año 2013 se habían hecho unas cotizaciones a su nombre, el señor Gómez Ararat nunca le aclaró a la Sala a cuál fondo o si las mismas se habían efectuado en calidad de independiente o a través de un patrono, y afirmó que no contaba con ningún documento que diera soporte a ello.

Finalmente, el accionante explicó que no había cotizado al seguro pensional en los años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad debido a que se encontraba, en compañía de su esposa y sus dos hijos menores, como refugiado en Ecuador,[29] pues “por amenazas debió salir del país”. En efecto, narró que “[T]ranscurría el año 2000, vivía en Buenaventura con [su] familia, cuando entre Buenaventura y López de Micay desapareció [su] hermano (...) y desde entonces comenzó [su] calvario, [pues al] indagar un poco por su paradero [fue] víctima de amenazas y posteriormente de un atentado, motivo por el cual decidió en el 2008 salir del país hacia Ecuador donde expus[o] [su] caso ante la dirección nacional de refugiados, [siendo aceptado] con [su] esposa Gladys Angulo Alomia (Q.P.D) y [sus] hijos José Barack Gómez Angulo y Kely Johana Gómez Angulo.”

Señaló que “[en] el año 2013 su esposa se enfermó gravemente, [motivo por el que] decidió regresar a Colombia en busca de atención médica donde posteriormente fallec[ió] en el 2014.” Describió que a mediados de ese año, “(...) después de estar 5 meses hospitalizado, [pudo] estar nuevamente con [sus] hijos, [y] que estando un poco convaleciente [se] acerc[ó] a la oficina de la unidad de atención de víctimas en 2 ocasiones (sic), [para narrar lo sucedido en relación con su desplazamiento fuera del país], sin que tuviera respuesta alguna, [pues había muchas demoras para que lo atendieran y por su condición de salud no lograba aguantar todo el tiempo mientras era su turno].”[30] En ese orden, indicó que no había regresado recientemente a las instalaciones de dicha unidad para inscribirse como víctima, pues su condición médica y su movilidad se complicaban cada vez más.

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. En relación con el derecho pensional y otros auxilios relacionados.

2.1.1. De conformidad con lo expuesto por el accionante en su escrito de tutela, Colpensiones omitió el registro de varios aportes efectuados durante los años 2013 y 2014 en su historia laboral, situación que generó, a su juicio, que la aseguradora le negara el reconocimiento pensional por invalidez al encontrar que no tenía la densidad de semanas exigidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma aplicable a su caso.

2.1.2. En ese orden de ideas, la Sala debe definir, en primer lugar, si Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social del accionante, al haberle negado el reconocimiento de la pensión de invalidez por no acreditar la densidad de cotizaciones que exige el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad -11 de noviembre de 2013-, cuando, a juicio del afiliado, esta decisión se debió a un error de la aseguradora al no haber registrado en su historia laboral varias semanas aportadas, que constan en comprobantes de recaudo y que, de haberse tenido en cuenta, le hubieran permitido acceder a la prestación.

2.1.3. Ahora, de forma subsidiaria y en virtud del principio *iura novit curia*,^[31] la Sala estima que también deben estudiarse otros posibles escenarios pensionales aplicables al caso concreto, y en ese orden de ideas, debe establecerse si al señor Gómez Ararat le asiste el reconocimiento prestacional a partir de otros regímenes pensionales, mediante la aplicación de criterios hermenéuticos como el principio de la condición más beneficiosa o la apreciación de su capacidad laboral residual. Finalmente, de no existir posibilidades pensionales en su caso de conformidad con lo expuesto, la Sala analizará si el accionante podría acceder a alguno de los Beneficios Económicos Periódicos y Puntuales (BEPS) contemplados por el Decreto 604 de 2013 y su normatividad afín.

2.1.4. Con el propósito de responder a los problemas jurídicos planteados, esta Sala de Revisión se pronunciará en relación con los siguientes temas: (i) los regímenes ordinarios en materia de pensión de invalidez y su tránsito legislativo; (ii) la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez; (iii) el reconocimiento de la capacidad laboral residual de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas y (iv) el acceso a los incentivos del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos y Puntuales (BEPS).

2.2. En relación con la atención en salud.

2.2.1. Asimismo, el señor Gómez Ararat puntualizó que Coomeva EPS había procedido a su desafiliación como consecuencia de la falta de pago, a pesar del peligro que representaba, en su caso, la suspensión de un tratamiento médico que venía proporcionándose ininterrumpidamente desde 2013. Sin embargo, durante el trámite de esta acción, la Sala tuvo conocimiento de que el peticionario fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través del régimen subsidiado desde abril de 2015. En consideración a ello, se debe establecer si dicha afiliación y, por lo tanto, si la prestación efectiva del servicio de salud configuran una carencia actual de objeto y si la Sala debe pronunciarse de fondo al respecto.

2.3. Previo a los análisis anunciados, la Sala deberá abordar el asunto que, en particular para este caso, tiene mayor relevancia frente a la procedencia de la acción, relacionado con la subsidiariedad de la misma en temas pensionales. Lo anterior, como quiera que el asunto de la inmediatez no representa mayor discusión, pues la decisión de negar la pensión de invalidez se notificó al señor Gómez Ararat el 27 de abril de 2015 y la acción de tutela fue presentada el 21 de mayo del mismo año, es decir, en menos de un mes, plazo razonable para aprovisionarse probatoria y jurídicamente. En tal sentido, la Sala no efectuará más consideraciones en relación con éste presupuesto temporal.

3. Asuntos previos.

3.1. Procedencia de la acción de tutela. La acción cumple con el presupuesto de subsidiariedad respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia pensional y contencioso administrativa.

3.1.2. Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser empleada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los administrados. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede predicarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.[32]

3.1.3. Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de tutela respecto de conflictos relativos a la seguridad social entre los distintos actores del Sistema, el legislador ha dispuesto las vías correspondientes para el trámite de los mismos que, en virtud de la cláusula de competencia general, corresponden en principio a los jueces ordinarios en sus especialidades laboral y de la seguridad social.[33] Igualmente, por tratarse de actos administrativos y en virtud del fuero de atracción, la jurisdicción contencioso administrativa podría eventualmente ocuparse de su nulidad y del restablecimiento de los derechos involucrados.[34] Sin embargo, en casos excepcionales, también se ha aclarado que el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas de la seguridad social, como las pensiones y afines, puede concederse mediante amparo constitucional, si, como fue descrito, a pesar de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios, éstos resultan ineficaces o no idóneos para la protección concreta de los derechos o se configura un perjuicio irremediable para quien acciona[35].

3.1.3.1. Adicionalmente, la Corte ha señalado que la procedencia excepcional de la acción

de tutela para el reconocimiento de dichas prestaciones pensionales opera siempre que se afecte de manera clara y evidente un derecho fundamental y la vía ordinaria no tenga la potencialidad de asegurar el goce de la garantía presuntamente conculcada. Y del mismo modo, ha reseñado algunos criterios que le permitirían al juez de tutela analizar las circunstancias de mayor o menor afectación en cada caso. Así por ejemplo: “(i) la edad y el estado de salud del demandante; (ii) el número de personas a su cargo; (iii) su situación económica y la existencia de otros medios de subsistencia; (iv) la carga de la argumentación o de la prueba en la cual se sustenta la presunta afectación al derecho fundamental; (v) el agotamiento de los recursos administrativos disponibles; entre otros”.

[36]

3.1.4. En efecto, para el análisis del caso concreto, el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, otorga a dicha jurisdicción el conocimiento de las controversias que se generen con motivo de la prestación de servicios del sistema de seguridad social entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.[37] Precisamente, el capítulo XIV ibídem, contempla el procedimiento ordinario para discutir tales asuntos.

3.1.4.1. En ese orden de ideas, la controversia surgida con motivo del reconocimiento de la pensión de invalidez es, esencialmente, un asunto propio de competencia de los jueces laborales y de la seguridad social, por lo que, en principio, el señor Gómez Ararat tendría a su disposición la acción ordinaria laboral contra Colpensiones.

3.1.4.2. Así, en principio podría concluirse que el accionante sí cuenta con los mecanismos ordinarios de naturaleza judicial para reclamar lo que hoy se pretende revisar en sede de tutela. Sin embargo, de conformidad con las circunstancias del caso no puede afirmarse que dichas acciones se traten de un medio idóneo y eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable de los derechos fundamentales invocados. En efecto, la difícil situación económica y de salud por la que atraviesa el peticionario en conjunto con un escenario familiar en el que sus hijos menores de edad dependen enteramente de él aun cuando no puede laborar debido al avance vertiginoso de su patología, relevan la imposibilidad del señor Gómez Ararat de acudir en condiciones de normalidad temporal a la jurisdicción ordinaria.

Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues las acciones ordinarias en el asunto estudiado tendrían la aptitud para proteger los derechos alegados y podrían asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que las acciones judiciales principales no serían lo suficientemente expeditas frente a la situación particular del accionante. Considerando su compleja condición socio-económica, en tanto no trabaja ni reporta ingresos, bienes o rentas propias, además de su delicada situación de salud como paciente seropositivo en un estado catalogado como sintomático de VIH (C3), y su responsabilidad como padre cabeza de familia, esta Sala considera que el peticionario requiere una respuesta inmediata del aparato judicial, y ello se logra mediante esta acción constitucional.

3.1.4.3. Ahora, la Sala advierte que el peticionario no hizo uso de los recursos administrativos que procedían contra la Resolución GNR 114176 del 22 de abril de 2015, circunstancia que, en principio, evidenciaría cierta negligencia de su parte para cuestionar dicha decisión y, en consecuencia, un uso inapropiado de este mecanismo constitucional, como lo ha señalado en diversas ocasiones esta Corporación. Sin embargo, debe precisarse que esta conclusión no es definitiva.

En efecto, para instaurar la acción de tutela, de conformidad con el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991,[38] no es necesario haber interpuesto los recursos administrativos, y aunque esto no significa que se esté exento de agotarlos dado que ello constituye un factor de competencia para la presentación de las acciones judiciales posteriores, en esta oportunidad, la Sala evidenció que dichas vías de defensa judicial no resultaban eficaces para la protección de los derechos invocados, razón por la que no resultaría coherente que, ahora, la Corte condicionara la procedencia de la tutela al agotamiento de dichos medios administrativos, cuando estos sólo tienen como fin habilitar al peticionario para adelantar aquellos procesos judiciales que, como se dijo, resultan desprovistos de idoneidad y eficacia para la defensa de los derechos en el caso concreto.

3.1.5. Así, considerando que las circunstancias vitales del peticionario se adecuan a las pautas de procedencia específicas para los casos de derechos pensionales señalados en el numeral 3.1.3.1., y que, en su caso, el agotamiento de los recursos administrativos no era

exigible al ser presupuesto de acciones judiciales ineficaces para la protección de los derechos en concreto, esta Sala concluye que el juicio de subsidiariedad se encuentra aprobado.

4. Afectación actual de derechos fundamentales. Configuración de la carencia actual de objeto en el caso analizado frente al asunto de la prestación efectiva del derecho a la salud como consecuencia de una orden judicial

4.1.1. Considerando que la acción de tutela tiene como objeto la protección de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados[39], su viabilidad puede verse limitada cuando (i) no tenga como pretensión principal la defensa de garantías fundamentales o cuando (ii) la acción u omisión que atenta contra las mismas no sea actual, es decir, que el amparo carezca de objeto.

4.1.2. En relación con la segunda situación, en pronunciamientos anteriores, esta misma Sala ha sostenido que “[...] cuando hechos sobrevivientes a la instauración de la acción de tutela, alteran de manera significativa el supuesto fáctico sobre el que se estructuró el reclamo constitucional, al punto que desaparece todo o parte principal de su fundamento empírico, decae la necesidad de protección actual e inmediata que subyace a la esencia de la acción. A este fenómeno la Corte lo ha denominado como carencia actual del objeto, el cual se presenta de diferentes maneras, destacándose el hecho superado y el daño consumado, cuyas consecuencias son distintas.”[40]

Para ilustrar, se presenta un hecho superado cuando los actos que amenazan o vulneran el derecho fundamental desaparecen, al quedar satisfecha la pretensión de la acción de tutela, lo que conlleva a que ya no exista un riesgo; por tanto la orden a impartir por parte del juez constitucional, en principio, pierde su razón de ser, porque no hay perjuicio que evitar.[41]

Por otro lado, la carencia actual de objeto en su modalidad de daño consumado ocurre cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con el amparo constitucional, y en consecuencia, ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es la reparación del daño originado en la vulneración del derecho[42].

4.1.3. En este caso, la Sala advierte que la afiliación temporal del señor Gómez Ararat a Coemva EPS y posteriormente, a la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud de Nariño E.S.S. Emssanar E.S.S., a través del régimen subsidiado, es un hecho procesal que no se estructura en ninguna de la dos hipótesis señaladas como típicas de la carencia actual de objeto.

4.1.3.1. En efecto, no configura un daño consumado como quiera que la vulneración o amenaza cesó y no se concretó un daño irreversible a los derechos del actor, y aunque comparte más rasgos con la figura del hecho superado por encontrarse satisfecha la pretensión, la Sala observa que dicha satisfacción deviene de una orden judicial y no de una conducta atribuible a la EPS demandada, motivo por el que no puede sostenerse que el riesgo hubiera cesado gracias a la acción de esta última, como bien lo precisaron los jueces de instancia en sus sentencias. De hecho, fueron ambos juzgadores los que identificaron que Coomeva EPS había vulnerado el derecho a la salud del peticionario al quebrantar el principio de continuidad que ampara a aquellos pacientes que se encuentran sometidos a un tratamiento médico ya iniciado, razón por la que le ordenaron a la entidad que de forma inmediata le proporcionara atención médica al accionante en razón de su patología y le brindara acompañamiento para llevar a cabo las gestiones de afiliación al régimen subsidiado.

4.2. En ese sentido, habiéndose configurado una carencia actual de objeto con motivo de las decisiones de instancia, las cuales comparte esta Sala por estar ajustadas a los planteamientos jurisprudenciales en materia de principio de continuidad,[43] no se observa ningún riesgo para los derechos a la vida y a la salud del demandante, razón por la que no se efectuará pronunciamiento alguno sobre ello ni se impartirán órdenes al respecto, pues carecerían de sentido práctico.

5. Regímenes pensionales en materia de invalidez, su tránsito legislativo y la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa.

5.1. La seguridad social, consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, ha sido singularizada por la misma Carta y entendida por esta Corporación bajo una doble configuración jurídica, como derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional, y como servicio público de carácter obligatorio y

esencial a cargo del Estado, que debe prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En atención a aquél mandato constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.” [44]

5.2. Con el propósito de materializar ese conjunto de medidas a cargo del Estado, en ejercicio de la competencia atribuida por el mismo constituyente al legislador,[45] el Congreso organizó el Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, así como otros Subsistemas y regímenes especiales, con participación del gobierno nacional,[46] para responder al mismo objetivo de atender eficiente y oportunamente las contingencias a que puedan estar expuestos ciertos grupos de personas por una eventual afectación de su estado de salud -física o mental- o de su capacidad económica. Lo anterior, como quiera que el Estado, como responsable de velar por la garantía de la seguridad social, debe prevenir y combatir las calamidades que, por causa de la vejez, el desempleo, las cargas familiares o una enfermedad o incapacidad, generen desventajas a diversos sectores, grupos o personas de la colectividad, prestándoles asistencia y protección.

La institución de dicha tarea encuentra además soporte en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, que le imponen al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se hallan en situación de manifiesta vulnerabilidad, con miras a hacer efectivo el postulado de justicia distributiva y el principio de igualdad material como agente de garantía general y particular para hacer efectivos los derechos fundamentales de los asociados[47].

5.3. Dentro de un orden amplio de las contingencias contempladas por el sistema, éstas pueden clasificarse en tres grandes grupos: las derivadas de la vejez, la muerte y la invalidez. Respecto de las últimas, las personas que deben afrontar contingencias relacionadas con la pérdida de su capacidad laboral de origen común o profesional, el Sistema General Integral de Seguridad Social[48] ha previsto un conjunto de prestaciones

de tipo asistencial y económico, de diversa naturaleza. En relación con las primeras, han sido contemplados servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos o farmacéuticos; así como prótesis y órtesis, incluyendo su reparación y reposición en casos de deterioro, la rehabilitación física y profesional y gastos de traslado para la prestación de estos servicios.[49] Sobre las segundas, el sistema ha dispuesto beneficios como el subsidio por incapacidad temporal, la indemnización por incapacidad permanente parcial y la pensión de invalidez.[50]

5.4. Particularmente, en relación con la pensión de invalidez, ha de precisarse que este no fue un asunto novedoso para el legislador de 1993, pues ya desde decretos como el 3041 de 1966[51] se había contemplado que tendrían derecho a tal prestación aquellos asegurados que se encontraran en situación de invalidez y hubieran cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez, siempre que 75 de las mismas correspondieran a los últimos tres años.[52] Asimismo, el Decreto 758 de 1990,[53] modificando lo anterior, estableció que serían beneficiarios de tal derecho pensional aquellos que, siendo “inválidos”, hubieran cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas, en cualquier época, con anterioridad a dicho estado.[54]

Años después, se introdujo el Sistema General de Seguridad Social, tal como se señaló párrafos arriba, y a través del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se fijaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Esta vez, el afiliado podía procurar la misma, siempre que (i) se encontrara cotizando al régimen y hubiere aportado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez; ó (ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjere el estado de invalidez.[55]

Tras mantenerse vigente por casi una década,[56] tal disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003,[57] que prescribió que los requisitos para obtener el reconocimiento prestacional serían 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tratándose de una enfermedad, o del hecho causante de la misma, si se trataba de un accidente. Adicionalmente, esta nueva disposición introdujo un componente de fidelidad al sistema,[58] que más tarde sería declarado inexecutable por esta Corporación.[59]

5.5. Como consecuencia de estos tránsitos legislativos, especialmente el de la versión original de la Ley 100 de 1993 a la Ley 860 de 2003, distintas Salas de Revisión de esta Corporación sostuvieron que el requisito de las 50 semanas resultaba ampliamente regresivo y desfavorable en relación con el anterior, que únicamente exigía 26 semanas. Por tal motivo, en varias providencias se aplicó la excepción de inconstitucionalidad sobre el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y se acogieron las normas previas más favorables.[60]

Sin embargo, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, modificatorio del 39 de la Ley 100 de 1993, fue posteriormente declarado exequible mediante Sentencia C-428 de 2009.[61] “Allí, la Corte explicó y respaldó las razones que habían llevado al legislador a alterar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez aumentando el número de semanas de cotización de veintiséis (26) a cincuenta (50). Del estudio de la exposición de motivos del proyecto de ley, encontró que el aumento obedecía a la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional mediante la promoción indirecta de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes.”[62] En efecto, “al analizar las disposiciones demandadas, la Corte encontró que el aumento de las semanas no implicaba una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez ya que el incremento venía acompañado de un mayor plazo para hacer valer las semanas, a saber, se había pasado de un (1) año a tres (3), [y] [a] su juicio, esto [había favorecido] a los sectores de la población que carecían de un empleo permanente y que, bajo la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, habían quedado excluidos del beneficio de la pensión de invalidez.”[63]

Tras dicho pronunciamiento de la Sala Plena, la tesis de la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 por considerarlo regresivo perdió toda eficacia. Sin embargo, ello no implicó que dicha disposición no pudiera ser válidamente inaplicada después de la Sentencia C-428 de 2009 por motivos diferentes a la progresividad, pues en este caso no había tenido lugar la cosa juzgada absoluta sino relativa en relación con el cargo de prohibición de retroceso en materia de derechos prestacionales. Este análisis ha permitido a lo largo de diversos pronunciamientos posteriores a la sentencia de constitucionalidad que este Tribunal inaplique el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 en virtud de otros principios jurídicos de jerarquía constitucional como la condición más beneficiosa.[64]

5.6. La condición más beneficiosa es, a su vez, una de las expresiones singulares, junto con el principio de favorabilidad y el in dubio pro operario, de una categoría más amplia en materia laboral, denominado principio protector.[65] En efecto, éste último se comporta como un correlato de los planos de desigualdad intrínseca en los que actúan las partes en una relación laboral y su propósito, en esencia, es procurar que tal relación, particularizada por la subordinación de una de ellas, se desarrolle en condiciones de justicia y equidad.[66]

Así, en virtud de las intensas transformaciones que experimentó el sistema de fuentes en el derecho laboral por cuenta de la expedición de la Constitución Política de 1991, el principio protector fue introducido a través de la dimensión de los mínimos fundamentales del estatuto del trabajo en el artículo 53 Superior y con él el de la condición más beneficiosa,[67] así como otros en materia de favorabilidad.[68] Estos mínimos fundamentales están destinados a solucionar fenómenos jurídicos diversos y con una identidad y alcance singular, especialmente, en lo que hace al tema de pensiones, una zona jurídica en la que abundan los debates por la protección de los derechos adquiridos, así como de las aspiraciones legítimas de los trabajadores o afiliados a la seguridad social.

En efecto, el principio de la condición más beneficiosa está encaminado a proteger las expectativas legítimas de quienes, estando próximos a reunir los requisitos de reconocimiento pensional, se ven sujetos a tránsitos normativos que pueden llegar a afectar las aspiraciones que tenían de pensionarse con exigencias más benignas.[69] En otras palabras, la condición más beneficiosa está llamada a operar en aquellos eventos en los que "(...) se identific[a] una sucesión de normas, en donde la preceptiva derogada del ordenamiento recobra vigencia para así mantener el tratamiento obtenido de su aplicación por conducir a un escenario mucho más beneficioso para el trabajador que aquel que resultaría de emplear la regulación legal que la sustituyó".[70]

Y aunque la protección de tales expectativas corresponde, en principio, al legislador a través de la adopción de regímenes de transición, en materia de pensión de invalidez, así como de sobrevivientes, se omitió la consagración de tales dispositivos de amparo ante eventuales tránsitos normativos,[71] motivo por el que la jurisprudencia constitucional y ordinaria han recurrido al criterio hermenéutico de la condición más beneficiosa para determinar si una persona tiene derecho a acceder a la prestación pensional a partir del

cumplimiento de los requisitos consagrados en una norma anterior y derogada, teniendo en cuenta que no puede acceder a la prestación pensional a la luz de la legislación vigente.

5.6.1. La aplicabilidad de dicho principio en materia de pensión de invalidez se sujeta a la concurrencia de una serie de presupuestos, “(...) siendo el primero que se presente (i) una sucesión normativa, es decir, que haya un tránsito legislativo y que esas (ii) varias normas hayan sido aplicables al afiliado durante su vinculación al sistema de pensiones. Pero además, es forzoso que, bajo el imperio de la normatividad de la cual se depreca su aplicación, (iii) se hayan logrado completar los presupuestos para dejar causado el derecho reclamado.”[72]

5.6.1.1. En relación con la interpretación de éste último presupuesto, se ha aceptado unánimemente que es en relación con la densidad de aportes que ello se exige, pues la estructuración de la invalidez es precisamente lo que ocurre fuera del amparo del régimen cuya aplicación se solicita.

Aclarado esto, con respecto al requisito de la densidad, el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria ha construido posiciones jurisprudenciales recientes[73] cuando se trata de aplicar dicho principio (condición más beneficiosa), específicamente, a casos de afiliados que cotizaron durante el tránsito legislativo entre la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y disposiciones legales posteriores, como el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Veamos.

En efecto, tal como se precisó, el artículo 39, en su versión original, contemplaba dos hipótesis en los literales a) y b) frente al asunto de la densidad de aportes.

En relación con la interpretación del literal a),[74] la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en señalar que “dejar causado el derecho bajo el imperio de la normatividad anterior, es decir, la Ley 100 de 1993, y de la cual se depreca su aplicación” debe entenderse como que el cotizante activo al momento de la invalidez hubiera aportado 26 semanas en cualquier tiempo anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, es decir, antes del 29 de diciembre de 2003.

Así por ejemplo, en sentencia del 3 de septiembre de 2014,[75] dicha Sala, aunque no encontró acreditados los presupuestos pensionales, sí señaló con claridad cómo debía

interpretarse la exigencia del literal a) citado: “(...) [podría reconocerse el derecho pensional] de darse las condiciones necesarias para [la aplicación del principio de la condición más beneficiosa], (...) que en este caso lo [serían frente al] artículo 39 de la Ley 100 de 1993, (...) que exigía para adquirir el derecho a la pensión, que se hubieren aportado 26 semanas en cualquier tiempo, si se encontrare cotizando al régimen en el momento que se estructuró la condición de inválido (...). [Sin embargo, esta], norma (...) fue descartada por el Tribunal, en tanto el actor y como se dejó sentado en un principio, no satisf[izo] las 26 semanas allí contempladas.” (Negrita no original)

Luego, mediante pronunciamientos posteriores, del 18 de marzo de 2015[76] y del 26 de agosto del mismo año,[77] la Sala de Casación Laboral sí tuvo la oportunidad de reconocer el derecho pensional al encontrar acreditados los presupuestos del literal a), bajo la interpretación precedente.

En el primero de los casos, advirtió que el afiliado, al momento de estructurársele “(...) la invalidez, (...) se mantuvo cotizando [y tenía más de 26 semanas] en todo el tiempo, [por lo] que, atendiendo la jurisprudencia mayoritaria de [dicha] Sala, en aplicación de los principios de progresividad y de condición más beneficiosa, que permit[ían] acudir a la norma precedente (Ley 100 de 1993, artículo 39), [era] viable el otorgamiento pensional, dado que al momento de la contingencia se encontraba cotizando, de allí que satisfizo la exigencia del literal a),(...)” En el mismo sentido, el segundo pronunciamiento no casó la providencia de segunda instancia, señalando que “(...) si la decisión atacada estaba apoyada en la aplicación del literal a) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por virtud del principio de condición más beneficiosa, el Tribunal tampoco p[odía] haber incurrido en el segundo error de hecho, en la medida en que, de acuerdo con la historia laboral (...), el actor [siendo cotizante activo] tenía más de 26 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 (...)”

Ya respecto de la interpretación del literal b) del artículo 39 citado,[78] la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha expresado de forma más fluctuante, puesto que le ha exigido al cotizante inactivo, en algunas ocasiones, 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez[79] y, en otras, también se las ha exigido en relación con la fecha del tránsito legislativo, a manera de doble cotización.[80]

5.6.2. Así como la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, también ha otorgado una protección especial a aquellos que han dejado causado su derecho pensional bajo el imperio de una normatividad anterior- densidad de aportes- pero cuya pérdida de capacidad laboral ha ocurrido en vigencia de un régimen distinto. De hecho, el amparo desarrollado por la jurisprudencia constitucional ha sido más amplio que el establecido en los pronunciamientos de la jurisdicción ordinaria, pues distintas Salas de Revisión de este Tribunal[81] no solo han garantizado el empleo de la condición más beneficiosa en relación con regímenes inmediatamente anteriores al de la ocurrencia del siniestro, sino que además han permitido la aplicación de normatividades remotas en virtud del mismo principio. Así por ejemplo, este Tribunal ha protegido el derecho a la seguridad social de quienes, pese a no haber cumplido con las exigencias de cotización del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 ni con las del artículo 39 de la versión original de la Ley 100 de 1993 aunque la invalidez se estructurase bajo la vigencia del primero, sí lograron cotizar las 300 semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990 mientras este se mantuvo en vigor, un régimen, en efecto, de mayor antecedente y mediato en relación con la Ley 860 de 2003.[82]

6. Derecho a la pensión de invalidez cuando se trata de una pérdida de la capacidad laboral paulatina como consecuencia de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita. Subregla: si el afiliado continuó aportando al sistema después de la fecha de estructuración de la invalidez, deben tenerse en cuenta las semanas cotizadas luego de dicho momento, siempre y cuando no se evidencie un ánimo de defraudar el Sistema General de Seguridad Social

6.1. Tal como fue señalado, uno de los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez, dentro del régimen general de pensiones consiste en acreditar un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50%. Tal calificación, dada su inescindibilidad con diversas prestaciones del sistema, es un derecho instrumental para la consecución de las mismas,[83] y precisa de cuatro aspectos fundamentales: (i) la pérdida de capacidad laboral; (ii) el grado de invalidez; (iii) la fecha de estructuración; y (iv) el origen de las contingencias.

6.1.2. De acuerdo con el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014,[84] “por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”, la fecha de estructuración es el momento en el que un individuo experimenta la pérdida de un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, y si la misma es igual al 50%, esa es la fecha del “estado de invalidez”. Sin embargo, puede ocurrir que la contingencia no obedezca a un siniestro inmediato, sino a un padecimiento continuado que haga que la fecha de estructuración de la invalidez no coincida con la fecha de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral, entre otras cosas, porque la naturaleza sucesiva del hecho no permita determinar con exactitud en qué momento se pierde ese 50% o porque, a pesar de haberse arribado a tal porcentaje el calificado conserve algún tipo de capacidad que no lo haya limitado de forma permanente o definitiva para desempeñarse laboralmente.

Estas situaciones ocurren con frecuencia cuando el calificado padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y su pérdida de capacidad laboral se presenta de manera paulatina, de manera que la fecha consignada en el dictamen como de estructuración de su invalidez es diferente a aquella en que efectivamente pierde su aptitud ocupacional[85] y, en consecuencia, las posibilidades de cotizar al sistema pensional.

6.1.3. Atendiendo a tales situaciones y al principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como el de buena fe de aquellos asegurados que continúan cotizando pese a su enfermedad, este Tribunal ha sido reiterativo en señalar que las personas “(...) (i) que padezcan de una de estas enfermedades, (ii) que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y (iii) que hayan seguido trabajando”[86] tienen derecho a que la aseguradora pensional reconozca y contabilice, para efectos de la pensión de invalidez, los aportes registrados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento de la pérdida efectiva de su fuerza laboral.[87]

6.1.4. Así, por ejemplo, para aplicar esta subregla jurisprudencial en el marco del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, este Tribunal ha realizado el cálculo de la densidad de semanas tomando como punto de partida el momento en el que el calificado perdió definitiva y

permanentemente su capacidad laboral, determinación que se hace con fundamento en los elementos obrantes al interior del expediente que dan cuenta de las circunstancias personales, laborales y de salud que impidieron al afiliado seguir cotizando.

Tal momento, en el que se pierden realmente las aptitudes psico-físicas para el desempeño laboral, suele corresponderse con una fecha posterior a la consignada en el dictamen, circunstancia que, en efecto, explica por qué se desarrolla el tema de la residualidad, en tanto se procura proteger el excedente de la capacidad laboral con la que aún cuenta una persona hacia el futuro, pese a haber sido ya declarada en estado de invalidez.[88]

6.1.5. En todo caso, es de medular importancia aclarar que, con la protección a la capacidad laboral residual, el juez de tutela no está cuestionando ni controvirtiendo el criterio técnico- médico con base en el cual se determina la fecha de estructuración de la invalidez, pues, en principio, esta debe coincidir con aquella en la que se produce una pérdida total de la capacidad laboral. Tal punto fue explicado en la sentencia T-717 de 2014[89]: “[L]o que sucede es que en algunos casos específicos, la autoridad respectiva tiene dificultad para prever si la persona conserva una capacidad laboral residual que le permit[a] seguir trabajando. Por tanto, para definir cuándo una persona pierde de manera permanente y definitiva su fuerza laboral a la hora de verificar si cuenta con la densidad de semanas requerida, el juez de tutela debe constatar con base en las pruebas existentes, si la persona reunió o no los requisitos de cotización para acceder a la pensión de invalidez, incluyendo los aportes posteriores que hizo y que se encuentran respaldados por una actividad laboral.”

Frente a esto último, en Sentencia T-013 de 2015,[90] esta Corporación señaló que es importante que no se advierta un ánimo de defraudar el sistema, es decir, que se “(...) verifique que los aportes realizados realmente correspond[en] a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario.” En todo caso, también debe precisarse sobre este punto que, dada la diferencia de hipótesis y las complejidades propias de cada patología, pueden emplearse otros criterios para concluir que el afiliado no pretendía defraudar al sistema, verbigracia, la densidad de aportes durante toda su vida laboral, las razones que justificaron la ausencia de periodos sin cotizar al seguro de pensiones, e inclusive, su disposición laboral por las épocas cercanas a la

estructuración y a la calificación, es decir, si se encontraba trabajando y continuó haciéndolo, o si sólo cuando se enteró de la fecha de fijación de la invalidez empezó a cotizar al seguro en pensiones, con un probable propósito defraudatorio.

7. Acceso a los incentivos del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos y Puntuales (BEPS) contemplados por el artículo 48 constitucional, la Ley 1328 de 2009 y los Decretos 604, 1872 y 2983 de 2013.

7.1. Con la introducción del Acto Legislativo 01 de 2005,[91] el contenido del artículo 48 superior experimentó importantes transformaciones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los regímenes exceptuados y los beneficios transicionales. Paralelo a ello, dicha reforma estableció por primera vez el andamiaje constitucional para el reconocimiento de incentivos económicos distintos a los pensionales a favor de aquellos que por sus dificultades socioeconómicas no cumplieran con las condiciones requeridas por el Sistema para obtener una prestación pensional.[92]

7.2. Bajo la consagración de dicha posibilidad, la Ley 1328 de 2009,[93] en su artículo 87, señaló los requisitos para acceder al Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), determinó la posibilidad de establecer incentivos periódicos y puntuales y/o aleatorios y estableció que el Gobierno Nacional debía reglamentar dicho mecanismo, siguiendo las recomendaciones del Conpes Social.[94]

7.3. Posteriormente, a través de los Decretos 604, 1872[95] y 2983[96] de 2013, se reglamentó el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos y Puntuales (BEPS), los cuales fueron definidos como “(...)un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema de Protección a la Vejez, con el fin de que las personas de escasos recursos que participen en este mecanismo, obtengan hasta su muerte un ingreso periódico, personal e individual.” Asimismo, se estableció que para integrarse al programa era necesario ser ciudadano colombiano y pertenecer a los niveles I, II y III de SISBEN, y en los casos de personas indígenas sin registro en el Sisben que se encontraran exceptuados de los servicios de salud a través del régimen subsidiado,[97] debía presentarse el respectivo listado censal.[98]

7.4. Aunque este servicio no se define como un sistema pensional, es administrado por Colpensiones[99] y la entrega de los beneficios económicos a los afiliados depende de su aporte al programa, cuota que es de naturaleza voluntaria y sin restricciones de periodicidad o cuantía mensual. En todo caso, el Ministerio de Trabajo sí fija un monto máximo de aporte por cada vigencia anual, como quiera que esta restricción impide que personas con capacidad de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se beneficien de incentivos que están destinados exclusivamente para aquellos sin capacidad mínima de pago.[100]

7.4.1.1. El incentivo periódico está orientado a cubrir el riesgo de vejez y “(...) consiste en un aporte económico otorgado por el Estado que se calcula anualmente de manera individual para cada beneficiario, sobre los aportes que haya realizado en el respectivo año y por lo tanto, se constituye en un apoyo al esfuerzo de ahorro, cuya finalidad última es desarrollar el principio de solidaridad con la población de menor ingreso.”[101] El cálculo de este incentivo es igual al 20% del aporte realizado por el beneficiario del servicio social, es decir, que por cada 100 pesos que una persona aporte en el respectivo año, le corresponden 20 pesos como subsidio.[102] Para recibir esta clase de beneficio, es necesario que el afiliado hubiese cumplido con la edad pensional sin que sus ahorros fueren suficientes para obtener una pensión mínima y siempre que el monto anual de ahorro hubiere sido inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.[103] En caso de que la persona afiliada al BEPS fallezca ante de cumplir la edad requerida, el Decreto 604 de 2013 estipula la devolución del ahorro realizado más sus rendimientos a los herederos, sin que se genere el subsidio del Estado.[104]

7.4.1.2. El incentivo puntual, por su parte, cuya finalidad es promover la fidelidad en el ahorro, “(...) consiste en acceder a microseguros ofertados por compañías aseguradoras legalmente constituidas.”[105] Estos microseguros o beneficios puntuales pueden cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la persona vinculada al BEPS y el pago de los mismos se hace efectivo mediante una suma única.[106] En todo caso, para obtener dicho incentivo es necesario que durante el año anterior el afiliado hubiera realizado por lo menos seis aportes en el Servicio Social Complementario BEPS, o pagos equivalentes al valor total de los aportes correspondientes a seis salarios mínimos diarios legales vigentes.[107]

7.5. Finalmente, debe señalarse que las personas vinculadas al mecanismo de los BEPS

podrán voluntariamente disponer de su ahorro en el Sistema General de Seguridad Social en ambos regímenes para mejorar su ingreso futuro, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 16 del Decreto 604 de 2013.[108]

8. Caso Concreto

8.1. Tal como se advirtió en la delimitación de la controversia, la Sala debe entrar a definir, en primer lugar, si Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social del accionante, al haberle negado el reconocimiento de la pensión de invalidez por no acreditar la densidad de cotizaciones que exige el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad - 11 de noviembre de 2013-, cuando, a juicio del afiliado, esta decisión se debió a un error de la aseguradora al no haber registrado en su historia laboral varias semanas aportadas, que constan en comprobantes de recaudo y que, de haberse tenido en cuenta, le hubieran permitido acceder a la prestación.

Frente a este punto, de una breve constatación, la Sala observa que el accionante incurrió en un error de apreciación frente a los aportes efectivamente realizados al Sistema General de Seguridad Social, pues si bien durante el año 2014 el señor Gómez Ararat efectuó pagos a los seguros de salud y pensión, no todos los periodos se cancelaron con regularidad para ambos. En efecto, de acuerdo con los comprobantes de pago detallados de las PILA consultados en SOI (Servicio Operativo de Información), la Sala notó que el señor Gómez Ararat había efectuado aportes a la seguridad social en calidad de cotizante independiente desde enero hasta septiembre de 2014; sin embargo, no en todos los periodos había cotizado a ambos seguros, esto es a salud y a pensión, puesto que solo de enero a marzo y de julio a septiembre se habían hecho los aportes correspondientes a Coomeva EPS y a Colpensiones AFP, y en los meses faltantes, abril, mayo y junio, sólo se efectuaron pagos a salud.

En ese sentido, la Sala no advierte que la historia laboral del accionante custodiada por Colpensiones tuviese defectos en el registro, puesto que sí contenía los últimos aportes efectivamente realizados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En consecuencia, no hay lugar a declarar vulneración alguna en este sentido.

8.2. Ahora, frente al estudio de otros posibles escenarios pensionales aplicables al caso concreto, específicamente de si al señor Gómez Ararat le asiste el reconocimiento

prestacional a partir de otros regímenes pensionales, mediante la aplicación de criterios hermenéuticos como el principio de la condición más beneficiosa y la apreciación de su capacidad laboral residual, la Sala anticipa que, a partir de las subreglas exploradas en los capítulos 5 y 6 de esta sentencia, ello es posible con fundamento en el análisis que se propone a continuación.

En relación con el principio de la condición más beneficiosa, se tiene que, de conformidad con su historia laboral, el accionante cumple con los presupuestos para su aplicación, en tanto (i) estuvo sujeto a una sucesión normativa que modificó los requisitos frente al acceso a la pensión de invalidez, de la Ley 100 de 1993 a la Ley 860 de 2003, y bajo esta última estructuró su invalidez- el 11 de noviembre de 2013- y; (ii) ambos ordenamientos fueron aplicables al afiliado en tanto realizó aportes en vigencia de dichos sistemas. Restaría, por lo tanto, (iii) comprobar que se hayan consolidado los requisitos delineados al amparo del régimen normativo anterior que avale la causación del derecho reclamado.

Este último presupuesto, sin embargo, como se verá, no lo acredita el señor Gómez Ararat. En efecto, el accionante no cumple con las exigencias de la densidad de aportes del literal a) ni del b) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Aunque los supuestos de esta normatividad resultan, en términos generales, más benignos que los contemplados por la Ley 860 de 2003 y el actor tiene más del 50% de pérdida de capacidad laboral, se observa que: (i) el literal a) no le es aplicable al peticionario en tanto que si bien tiene más de 26 semanas cotizadas durante su vida laboral antes de la vigencia de la Ley 860 de 2003, al momento de producirse la invalidez no se encontraba cotizando al régimen y; (ii) aun siendo cotizante inactivo, tampoco podría obtener la pensión bajo las exigencias del literal b) puesto que no registra ninguna semana en el año anterior a la estructuración de la invalidez.

Precisado lo anterior, la Sala advierte que, inclusive, procurando estudiar el caso del demandante a la luz del reconocimiento de su capacidad laboral residual, tampoco cabría llegar a una conclusión pensional favorable. En efecto, si bien el señor Gómez Ararat cotizó 25.71 semanas después de la fecha de haberse estructurado su enfermedad -11 de noviembre de 2013-, ello no resultaría suficiente para acumular las 50 semanas que exige la Ley 860 de 2003 puesto que, tal como se vio, ni siquiera registra cotizaciones en los tres años anteriores a la invalidez.

Considerando que el actor no hace parte del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos y Puntuales, en principio, no tendría mucho sentido un análisis al respecto. Sin embargo, teniendo en cuenta que el mismo cumple con los requisitos de ingreso al programa, por ser ciudadano colombiano y pertenecer al SISBEN, esta Sala, en virtud de la obligación de Colpensiones de “suministr[ar] (...) información cierta, suficiente, clara y oportuna, que (...) permita a los beneficiarios del mecanismo [BEPS], conocerlo adecuadamente”, [109] la exhortará para que asesore integralmente al señor Gómez Ararat sobre dicho mecanismo, le suministre las opciones de ahorro ampliado con los recursos que tiene en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y le ofrezca las mejores alternativas periódicas y puntuales en su caso. Finalmente, de los antecedentes fácticos la Sala advierte que el peticionario es una persona con severos problemas de movilidad dada su situación de salud, motivo por el que se hace necesario que el agente de Colpensiones que deba asesorarle se desplace hasta el domicilio del actor para los trámites pertinentes.

En tal virtud, se confirmará parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali - Sala de Decisión Constitucional que, a su vez, confirmó la decisión dictada por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, adicionando el exhorto descrito en el párrafo anterior y el asunto propio de la carencia actual de objeto tratada al inicio de la providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO-. CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida 28 de junio de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali- Sala de Decisión Constitucional- que, a su vez, confirmó la decisión dictada el 4 de junio de 2015 por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad y, en su lugar, NEGAR los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del señor Francei Gómez Ararat, y declarar la CARENIA ACTUAL DE OBJETO en relación con su derecho fundamental a la

salud, por las razones expuestas.

SEGUNDO-. EXHORTAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- que, en el término improrrogable de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente providencia, asesore integralmente al señor Gómez Ararat sobre el mecanismo de los BEPS, le suministre las opciones de ahorro ampliado con los recursos que tiene en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y le ofrezca las mejores alternativas periódicas y puntuales en su caso. Para efectuar la asesoría respectiva y los trámites posteriores a que haya lugar, Colpensiones debe disponer un agente que se desplace hasta el domicilio del actor, dada la severidad de los problemas de movilidad con que cuenta el señor Francei Gómez Ararat.

TERCERO-. Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-112/16

PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-No debe ser obligada a probar que no ha tenido la intención de defraudar al sistema, ya que esto sería desconocer su buena fe (Aclaración de voto)

Aquella persona a quien se le haya reconocido pérdida de la capacidad laboral de más del cincuenta por ciento (50%), como consecuencia de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, prima facie no debe ser obligada a probar que no ha tenido la intención de defraudar al sistema, ya que esto sería desconocer su buena fe. Por esto, en caso de existir aportes posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, al cotizante le deberán ser reconocidos los mismos por parte de la administradora de pensiones y computados para efectos de acceder a la pensión de invalidez o a otro tipo de pensiones. En caso de que dicha entidad administradora de pensiones, considere que el cotizante defraudó al sistema, aquella deberá proceder a probarlo, respetando las instancias que aseguren el debido proceso al cotizante.

Expediente T-5.206.885. Acción de tutela instaurada por Francei Gómez Ararat contra Colpensiones y Coomeva EPS.

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

En la parte resolutive de la sentencia T-112 de 2016, aprobada por la Sala Segunda de Revisión el cinco (05) de marzo de dos mil dieciséis (2016), dicha Sala decidió que no había lugar a proteger los derechos invocados por el accionante, ya que, por un lado, se evidenciaba una carencia actual de objeto con relación al derecho a la salud del peticionario y de sus hijos, pues estos habían sido afiliados al sistema de seguridad social en salud; y por otro lado, no se cumplían los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Si bien comparto plenamente el sentido de la decisión, de manera respetuosa, considero oportuno aclarar mi voto, por las razones que expongo a continuación:

1. La sentencia reitera que las personas que padecen una enfermedad crónica,

degenerativa o congénita tienen derecho a que la administradora de pensiones reconozca y contabilice, para efectos de la pensión de invalidez, los aportes registrados con posterioridad a la fecha de la invalidez y hasta el momento de la pérdida efectiva de su fuerza laboral[110]. En todo caso, precisó que es importante que no se advierta un ánimo de defraudar al sistema de pensiones, para lo cual señaló que pueden utilizarse distintos indicios, tales como, la densidad de aportes durante la vida del cotizante, las razones que justifican la ausencia de periodos sin cotizar a la administradora de pensiones, y la disposición laboral en las épocas cercanas a la estructuración y a la calificación.

2. No obstante, la sentencia no precisa quién tiene la carga de la prueba para evidenciar la existencia del ánimo de defraudar al sistema. En mi opinión, es claro que dicha carga no debe recaer en la persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, pues ello sería contrario al principio de buena fe, el cual se presume en las actuaciones de los particulares frente a las autoridades públicas (artículo 83 de la Constitución). Teniendo en cuenta dicha presunción de buena fe, considero que debería ser en la administradora de pensiones en quien recaiga la carga de la prueba, la cual deberá respetar las instancias que aseguren el debido proceso por parte del cotizante, en aras de permitirle la controversia de la prueba. Este aspecto fue considerado en la sentencia T-013 de 2015, en la cual la Corte estableció que:

“(…) En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario.” (Subrayas fuera de texto original).

3. Por lo anterior, aquella persona a quien se le haya reconocido pérdida de la capacidad laboral de más del cincuenta por ciento (50%), como consecuencia de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, prima facie no debe ser obligada a probar que no ha tenido la intención de defraudar al sistema, ya que esto sería desconocer su buena fe. Por esto, en caso de existir aportes posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, al cotizante le deberán ser reconocidos los mismos por parte de la administradora de pensiones y computados para efectos de acceder a la pensión de invalidez o a otro tipo de pensiones. En caso de que dicha entidad administradora de pensiones, considere que el

cotizante defraudó al sistema, aquella deberá proceder a probarlo, respetando las instancias que aseguren el debido proceso al cotizante.

Con el debido respeto,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, mediante auto del 28 de octubre de 2015. Folios 2 al 13 del cuaderno de Revisión.

[2] De acuerdo con el acta individual de reparto, la acción de tutela fue presentada para tal fecha. Folio 1 del cuaderno principal.

[3] De acuerdo con la historia clínica del accionante, la calificación de su pérdida de capacidad laboral y otros documentos que reposan en el expediente, el señor Gómez Ararat nació el 14 de junio de 1967. Folios 9, 13 y 17 del cuaderno principal.

[4] Folio 13 del cuaderno principal

[5] El dictamen de pérdida de capacidad laboral fue emitido por medicina laboral de Colpensiones el 16 de octubre de 2014. Folios 13 y 14 del cuaderno principal.

[6] De acuerdo con los certificados de incapacidad expedidos por Coomeva EPS, el señor Gómez Ararat estuvo incapacitado inicialmente del 27 de noviembre al 11 de diciembre del 2013, luego del 11 al 25 de febrero de 2014 y finalmente, de manera ininterrumpida, desde el 1° de abril hasta el 11 de noviembre de 2014. Folios 70 al 73 del cuaderno de revisión.

[7] Resolución GNR 114176 del 22 de abril de 2015 emitida por la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones y notificada al afiliado el 27 de abril de 2015. Folio 18 del cuaderno principal.

[8] Emitida el 19 de mayo de 2015 y aportada por el mismo accionante. Folio 21 del cuaderno principal.

[9] Folios 22 a 25 del cuaderno principal.

[10] De conformidad con la información que reposa en la Base de Datos Única del Sistema de Seguridad Social, la señora Gladys Angulo Alomia con c.c. 66'654.353 registra como afiliada fallecida. Folio 29 del cuaderno de revisión.

[11] Afirmación del accionante en el escrito de tutela. Folio 3 del cuaderno principal.

[12] Folios 33 a 39 del cuaderno principal.

[13] Respuesta radicada por la entidad el 1° de junio de 2015. Folio 33 del cuaderno principal.

[14] Ley 806 de 1998. "Artículo 57. Suspensión de la afiliación. La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso o cuando el afiliado cotizante que incluyó dentro de su grupo a un miembro dependiente no cancele la unidad de pago por capitación adicional en los términos establecidos en el presente decreto."

[15] "Levantamiento de la suspensión. Cuando se haya suspendido la afiliación en el SGSSS por falta de pago de las respectivas cotizaciones, para levantar dicha suspensión será necesario que se pague la totalidad de aportes obligatorios en mora, de conformidad con el párrafo del artículo 210 de la Ley 100 de 1993. Realizado dicho pago, el período al cual el mismo corresponda se contabilizará para efectos de los periodos de carencia. (...)"

[16] "(...) ORDENAR a COOMEVA EPS, que de forma inmediata le dé continuidad al tratamiento de salud que este requiere en razón de la patología que presenta VIH-SIDA, por un término de 3 meses, tiempo durante el cual le brindará el acompañamiento necesario para que este lleve a cabo las gestiones pertinentes que le permitan acceder a una EPS del régimen subsidiado. En el momento en que se le dé continuidad al servicio médico en salud por parte del régimen subsidiado, cesarán las obligaciones de la EPS del régimen contributivo." Orden segunda del fallo de primera instancia. Folio 63 del cuaderno principal.

[17] "PRIMERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se inste al señor Francei Gómez Ararat para que en un término de 3 días hábiles a partir de la notificación de este auto,

responda el siguiente cuestionario y adjunte los documentos que acrediten sus respuestas://

2. Cuáles son sus fuentes de ingreso y a cuánto equivalen. (Si tienen pensiones, salarios, rentas por inmuebles, ayudas de familiares cercanos, alimentos, donaciones etc.)
3. A cuánto ascienden sus gastos mensuales y los de las personas que viven con usted por concepto de manutención, vivienda, transporte, y salud. (Acompañar con los documentos respectivos, especialmente facturas de servicios públicos, recibos de arrendamiento y aportes a salud si los hay.)
4. Si usted o su núcleo familiar tienen en propiedad o poseen bienes inmuebles o automotores.
5. A qué estrato socio-económico pertenece el inmueble donde habitan.
6. Si se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través del régimen subsidiado o contributivo. Y de encontrarse afiliado por este último, cuál es el ingreso base de cotización actual y cuál es su calidad y la de sus hijos frente al sistema (cotizantes o beneficiarios).
7. Por qué razón no efectuó aportes a pensión entre septiembre de 2008 y finales de 2013, y durante ese tiempo en donde se desempeñó laboralmente. (Aportar, por ejemplo, certificados laborales)
8. Cuáles son los periodos que señala haber cotizado sin que Colpensiones los hubiera reportado en su historia laboral (enviar los soportes de recaudo de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de Bancoomeva)//

SEGUNDO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie a Colpensiones para que, en el término de 3 días hábiles a partir de la comunicación de este auto, envíe a este despacho la historia laboral completa y detallada del señor Francei Gómez Ararat identificado con la c.c. 16.989.474 de Candelaria- Valle del Cauca. // TERCERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se oficie a Bancoomeva para que, en el término de 3 días hábiles a partir de la comunicación de este auto, envíe a este despacho copia de los comprobantes de recaudo de aportes a pensión hechos por el aportante Francei Gómez Ararat identificado con c.c. o

NIT 16.989.474 de Candelaria- Valle del Cauca entre los años 2013 y 2014.” Folios 16 y 17 del cuaderno de revisión.

[18] La comunicación telefónica fue entablada con el accionante entre los días 15 y 26 de febrero de 2016.

[19] Copia del Registro Civil de Nacimiento, donde se observa que el menor nació el 9 de julio 2009 en Palmira, Valle del Cauca, y sus padres son el señor Francei Gómez Ararat y Gladys Angulo Alomia. Folio 22 anverso del cuaderno de revisión.

[20] Copia de la tarjeta de identidad de la menor, donde se observa que nació el 29 de septiembre de 1998 en Candelaria, Valle del Cauca. Folio 25 anverso del cuaderno de revisión.

[21] Copia de la cédula de ciudadanía, donde se observa que nació el 21 de agosto de 1991 en Jamundí, Valle del Cauca. Folio 25 del cuaderno de revisión.

[22] Informe de valoraciones académicas del menor expedido por la Institución Educativa Santa Bárbara. Folio 24 anverso del cuaderno de revisión.

[23] Recibo de Pago de la matrícula académica por valor de \$69.756 expedido por la Universidad del Valle- Vicerrectoría Académica-. Folio 23 del cuaderno de revisión.

[24] El peticionario agregó que, además de los tres hijos mencionados, tiene otros dos, mayores de edad, Adriana María Gómez Salamanca, de quien aporta su cédula de ciudadanía, y Leslye Gómez. Folio 22 del cuaderno de revisión.

[25] Para el efecto, aportó dos facturas de servicios públicos domiciliarios- energía eléctrica, acueducto y alcantarillado- en donde consta que el inmueble ubicado en la Calle 22 No. 7-33 en Jamundí- Valle del Cauca, está estratificado en nivel 2. Folios 23 anverso y 27 del cuaderno de revisión.

[26] De conformidad con la información que reposa en la Base de Datos Única del Sistema de Seguridad Social Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud de Nariño E.S.S. Emssanar E.S.S., en Salud, el accionante y sus hijos José Barak y Kely Johana están afiliados a la EPS Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud de Nariño E.S.S. EMSSANAR E.S.S. Folio 30

del cuaderno de revisión.

[27] Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes.

[28] Folios 31 a 45 del cuaderno de revisión.

[29] Certificados correspondientes expedidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador. Folio 21 anverso y 24 del cuaderno de revisión.

[30] Escrito enviado por el accionante. Folio 69 del cuaderno de revisión.

[31] EL principio iura novit curia, hace referencia a que “(...) el juez conoce el derecho, y por tanto tiene los elementos para resolver el conflicto puesto de presente de cara a las sutilezas de cada caso concreto. Así las cosas, se entiende que la construcción de la norma particular aplicada es una labor conjunta del legislador y del juez, en la cual el primero de ellos da unas directrices generales para regular la vida en sociedad y el segundo dota de un contenido específico a esas directrices para darle sentido dentro del marco particular de los hechos que las partes le hayan probado. En principio, esa labor del juez de determinar las normas aplicables a cada concreto y la interpretación de su contenido de acuerdo con el supuesto de hecho, y por tanto la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, hace parte del ámbito dentro del cual el juez tiene la libertad de concluir de acuerdo con los conocimientos de la ciencia jurídica que posee.” Sentencia T-346 de 2012 (M.P. Adriana María Guillén Arango).

[32] En Sentencia T- 646 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), esta misma Sala de Revisión hizo una reiteración del tema.

[33] Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. “ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:// 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.

3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.

4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

[34] Ley 1437 de 2011: “Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.// Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

[35] Ver, entre otras, las sentencias T-708 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), y SU-189 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[36] Ver, entre otras, las sentencias T-456 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-076 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-160 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-546 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-594 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-522 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1033 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-595 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Citadas por la Sentencia T- 494 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

[37] Salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, según el mismo artículo.

[38] “Artículo 9o. Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer

previamente la reposición y otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.// El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

[39] Artículo 1° del Decreto 2591 de 1991.

[40] Sentencia T- 316A de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[42] Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-083 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-495 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-355 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-703 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[43] En relación con el principio de continuidad, este Tribunal precisó su alcance en la sentencia T-600 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), citando otros pronunciamientos (T-109 de 2003, T-379 de 2006 y T-270 de 2005), con ocasión de la tutela presentada por un paciente con VIH que había cambiado de EPS y, a su vez, se había trasladado de régimen sin encontrar una óptima atención: “En suma, la jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las E.P.S de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados. // En igual sentido, la jurisprudencia ha señalado que el traslado de EPS no puede comprometer la continuidad del servicio de salud, puesto que “las empresas encargadas del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento positivo, efectuar acto alguno, ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad del servicio y en consecuencia la eficiencia

del mismo. Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad. // En consecuencia, el traslado de una EPS a otra, no puede suponer la suspensión o interrupción de la prestación de los servicios médicos, por el contrario, siempre se debe asegurar su continuidad, de manera que la atención en salud no se vea interrumpida.”

[44] Sentencia T-1040 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[45] Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia señala lo siguiente: “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.” (subrayado fuera de texto).

[46] El artículo 248 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de dicha ley para que “(...)organice al sistema de salud de las fuerzas militares y de policía y al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, en lo atinente a:// a) Organización estructural; //b) Niveles de atención médica y grados de complejidad; // c) Organización funcional; // d) Régimen que incluya normas científicas y administrativas, y// e) Régimen de prestación de servicios de salud.// 7. Precisar las funciones del Invima y proveer su organización básica. Facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios que garanticen el adecuado funcionamiento de la entidad. // 8. Reorganizar y adecuar el Instituto Nacional de Cancerología, los sanatorios de contratación y de Agua de Dios y la Unidad Administrativa Especial Federico Lleras Acosta, que prestan servicios de salud para su transformación en empresas sociales de salud. Para este efecto facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios.”

[47] Para un desarrollo más extenso sobre este tema, se sugieren las Sentencias T- 176 de 2011 y T-1040 de 2008.

[48] Su regulación se encuentra contenida no solo en la Ley 100 de 1993, sino en el Decreto 1295 de 1994, el Decreto 917 de 1999, Manual Único de Calificación de Invalidez, el Decreto

2463 de 2001 y la Ley 776 de 2002.

[49] Ver artículos 2, 5 y 7 del Decreto 1295 de 1994 y artículo 1° de la Ley 776 de 2002.

[50] Ver los artículos 38 y 206 de la Ley 100 de 1993, así como el artículo 40 del Decreto Ley 1295 de 1994.

[51] “Por el cual se aprueba el reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, expedido por el consejo directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales mediante el acuerdo número 224 de 1966”

[52]“ARTICULO 5o. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:// a. Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la ley 90 de 1948;

b. Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años.”

[53] “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.”

[54] “ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION 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.”

[55] “ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos

veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

[56] Debe aclararse que antes de la expedición de la Ley 860 de 2003, se expidió la Ley 797 de 2003, cuyo artículo 11, depositario de los requisitos para obtener la pensión de invalidez, fue declarado inexecutable en su integridad y precisaba lo siguiente: “ARTÍCULO 11. 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 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.// 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.// PARÁGRAFO. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.”

[57] “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”. Comenzó a regir el 29 de diciembre de 2003 según el Diario Oficial No. 45.415.

[58] “ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:// Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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 y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.// 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, y su fidelidad (de

cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.// PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.// PARÁGRAFO 2o. 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 tres (3) años.”

[59] Sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[60] Al respecto, pueden verse la siguientes sentencias: T-974 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1291 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-043 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-699A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-628 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1040 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre muchas otras.

[61] M.P. Mauricio González Cuervo.

[62] Sentencia T-717 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[63] Ibídem. Al respecto, en la mencionada sentencia de constitucionalidad, este Tribunal explicó los beneficios de la nueva normativa en pensión de invalidez: “[e]n el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.”

[64] Pueden verse, por ejemplo, las Sentencias T-062A de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-594 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 668 de 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-1042 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-576 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[65] Al respecto, en la Sentencia T-080 de 2016 se precisó: “Entre las categorías jurídicas a

las que pueden atribuírseles la calidad de principios esenciales del derecho al trabajo se encuentran la primacía de la realidad sobre las formas, la racionalidad e irrenunciabilidad, la conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución, y el principio protector.”

[66] Consultar, PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. Segunda Edición, Depalma Editores, Buenos Aires, 1978, pág 25. “Históricamente el Derecho del Trabajo surge como consecuencia de que la libertad de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas. El Legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador”.

[67] Si bien el principio de la condición más beneficiosa no se halla expresa y claramente previsto en una norma o precepto legal, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han reconocido su existencia y aplicación a partir del artículo 53 de la Constitución Política, tanto del inciso 2º como del inciso final. El contenido textual de la mencionada disposición es el siguiente: “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.” (Negritas y subrayas por fuera de texto original). Consultar, a este respecto, la Sentencia T-832A de 2013, la cual recoge el criterio jurisprudencial conforme al cual el

artículo 53 constitucional garantiza la protección de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, a través de dos principios hermenéuticos: (i) favorabilidad en sentido estricto e (ii) in dubio pro operario. “A su turno, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores (Art. 53 y 215 C.P.) se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.”

[68] De conformidad con el artículo 53 superior, debe garantizarse la protección de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Esta expresión, propone dos principios hermenéuticos en materia laboral: (i) la favorabilidad en sentido estricto y el llamado (ii) in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio. A su vez, de la misma disposición constitucional y del artículo 215, también superior, se desprende otro importante principio, mejor conocido como (iii) la condición más beneficiosa, el cual prohíbe el menoscabo de los derechos adquiridos y en ese sentido, pretende salvaguardar las expectativas legítimas de todo trabajador o beneficiario de la seguridad social.

[69] De conformidad con la Sentencia T-717 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa): “Las expectativas legítimas constituyen una figura intermedia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos pues se refieren al momento en que una persona logra consolidar una situación fáctica y jurídica concreta en virtud de la satisfacción de alguno de los requisitos relevantes para el reconocimiento del derecho subjetivo que persigue. En este sentido, no tiene un derecho adquirido, pues no satisface todos los requisitos, pero tampoco tiene una mera expectativa porque ya ha acreditado algunos.”

[70] La aplicación práctica del principio de la condición más beneficiosa puede comportar dos consecuencias “(i) Cuando se dicta una norma de carácter general aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedan modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean, para el trabajador que ya venía prestando sus servicios, más beneficiosas que las nuevamente establecidas y (ii) la nueva regulación habrá de respetar como situaciones concretas reconocidas en favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para éstos que las establecidas para la materia o materias de que se trate por la nueva normación”. Alonso García, Manuel. Curso

de Derecho del Trabajo. Barcelona. Editorial Ariel, 1980.

[71] Consultar, entre muchas otras, las Radicaciones No. 28503 del 21 de septiembre de 2006, 29179 del 14 de noviembre de 2006, 30085 del 10 de julio de 2007, 29620 del 12 de febrero de 2007, 35658 del 10 de febrero de 2009, 35129 del 16 de marzo de 2009, 34404 del 5 de mayo de 2009, 37358 del 13 de abril de 2010 y 36621 del 9 de junio de 2010 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, contrastar dichos pronunciamientos con las Sentencias T-951 de 2003 y T-221 de 2006, en cuanto justifican la falta de creación de un régimen de transición para la pensión de invalidez.

[72] Sentencia T-080 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[73] Se advierte que ha sido reciente, como quiera que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia solo hasta la sentencia del 25 de julio de 2012 (Rad. N° 38674. M.P Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Miranda Buelvas) estuvo en desacuerdo con aplicar el principio de la condición más beneficiosa a tránsitos legislativos de la Ley 100 de 1993 a normatividades posteriores, como la Ley 860 de 2003, en tanto que la diferencia entre las cargas de cotización de los afiliados de uno y otro régimen no eran tan amplias y en esa medida el cambio normativo resultaba razonable. En efecto, antes de la providencia mencionada, la Sala de Casación solo admitía la aplicación de la condición más beneficiosa en relación al cambio normativo entre el Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 0758 de 1990) y la Ley 100 de 1993, porque "(...) resulta[ba] inadmisibile [y desproporcionado] aceptar que el asegurado que h[abía] sufragado un abundante número de semanas [bajo el Acuerdo 049 de 1990], qued[ara] privado de la prestación [bajo la Ley 100 de 1993 que exigía mucho menos aportes], [pues el nuevo régimen solo exigía 26 semanas] (...)." Así lo explicó prolijamente en sentencia del cinco (5) de julio de dos mil cinco (2005), rad. 24280: "[...] no podría truncársele a una persona el derecho [a la pensión de invalidez], como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o

se halle desafiliado [...].// Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente -971- que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento [...].// Pero [además] sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer.”

[74] “(...) a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.”

[75] Rad. 52823 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo).

[76] Rad. 46635 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón).

[77] Rad. 60297 (M.P. Rigoberto Echeverry Bueno).

[78] “(...) b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

[79] En relación con esta tendencia se ubican los pronunciamientos mayoritarios de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los que, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, sólo ha exigido la cotización de las 26 semanas en relación

con la fecha de estructuración más no con el momento del tránsito legislativo. En sentencia del 2 de diciembre de 2015 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Rad.52560), la Sala de Casación Laboral analizó el caso de una persona, a la luz del principio de la condición más beneficiosa, a la que se le estructuró la pérdida de la capacidad laboral en vigencia de la Ley 860 de 2003 y no cumplía con las 50 semanas en los tres años anteriores. Pese a que la Corte no tomó una determinación que beneficiara los intereses pensionales del afiliado porque no cumplía con los requisitos para ello, es decir, siendo cotizante inactivo no cumplía con las 26 semanas en el año anterior a la fecha de estructuración, la Sala sólo tomó como requisito para su análisis el cálculo al momento de la estructuración y no al momento del tránsito legislativo. En efecto, precisó: “De conformidad con lo dicho, de la regulación que eventualmente podría invocarse la aplicación por vía de la condición más beneficiosa, sería la del artículo 39 original de la Ley 100 de 1993; sin embargo (...) aquí no se satisfacen las exigencias previstas por la jurisprudencia para la procedencia de la prestación cuando se acude a dicho postulado para aplicar el mentado artículo 39, y es el cumplimiento de las 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez, requisito que no se observa, toda vez que el asegurado cuando se le consolidó el estado de invalidez -26 de noviembre de 2008-, no era cotizante activo y el último aporte que registra es de mayo de 2005”. (subrayado no original) Igualmente, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2015 (Rad. 48007 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno), al estudiar el caso de una persona a quien se le había estructurado la invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003 y se estaba analizando si había lugar a reconocer la prestación pensional en virtud de la condición más beneficiosa, se reseñó: “Resta aclarar que, si se diera aplicación al principio de la condición más beneficiosa, conforme a la posición mayoritaria de la Sala, el actor tampoco tendría derecho a la pensión de invalidez que reclama, pues no acredita las 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, como [era una de la hipótesis consignadas por] el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original.” Más recientemente,- Sentencia del 11 de marzo de 2015. (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Rad. 53440)- en uno de estos casos y en el que la afiliada sólo contaba con 66 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, la Sala de Casación Laboral señaló que, “(...) para la procedencia de la prestación de invalidez cuando se acude al postulado de la condición más beneficiosa para aplicar el mentado artículo 39, [si se trata] de un cotizante inactivo se deb[ía] verificar el cumplimiento de las 26 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez.” (subrayado no original) En esta

oportunidad, la Sala reconoció el derecho pensional, y no se refirió a que la densidad de semanas también debería ser acreditada en el año anterior al cambio legislativo.

[80] Al respecto, en sentencia del 25 de julio de 2012 (Rad. N° 38674. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve y Luis Gabriel Miranda Buelvas), la Corte precisó que frente a una de las hipótesis contempladas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993- literal b)-, el análisis debía efectuarse así: “Dando aplicación a la condición más beneficiosa frente a la pensión de invalidez, debe precisarse que para que el derecho a esta prestación se gobierne por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, es necesario en primer lugar, que para quienes hubieran dejado de cotizar al sistema, cuenten con 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez y, en segundo término, es menester que también registren un mínimo de 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que comenzó a regir el 29 de diciembre de 2003 según el Diario Oficial No. 45.415.” Esta posición ha sido respaldada por las sentencias del 11 de septiembre de 2013 (Rad. 45044, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz) y del 11 de noviembre de 2015 (Rad. 54093 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas).

[81] Véanse las ya citadas Sentencias T-062A de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-594 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), T- 668 de 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-1042 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-576 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[82] La Corte Constitucional ha considerado que la aplicación de la condición más beneficiosa no se limita a aplicar la norma inmediatamente anterior a aquella que se encuentra vigente. Por el contrario, ha señalado que no existe un límite en este sentido siempre que persona que solicita la pensión de invalidez haya acreditado uno de los requisitos necesarios durante la vigencia de la norma derogada. Así, por ejemplo, lo precisó la Sala Novena de Revisión en la Sentencia T-832A de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) al señalar que “en lo relativo a la posición de la Sala de Casación Laboral sobre la imposibilidad de confrontar regímenes jurídicos que no son inmediatamente sucesivos para efecto de aplicar el principio de la condición más beneficiosa, la Sala Novena de Revisión considera que si bien la protección de los derechos eventuales tiene límites como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional y ordinaria, el argumento acogido por la Sala de Casación desconocería que las mencionadas restricciones están dadas por criterios de

razonabilidad y proporcionalidad. Para esta Sala de la Corte Constitucional no basta efectuar reformas legislativas sucesivas para suprimir la protección de las expectativas legítimas. Una medida tal desconocería la necesidad de tomar en consideración aspectos como la proximidad entre el cambio legislativo que varió los presupuestos de reconocimiento de la garantía pretendida y el instante en que la persona adquiriría definitivamente la pensión, la intensidad del esfuerzo económico desplegado por el afiliado, entre otros elementos indispensables para determinar una protección razonable y proporcionada de los derechos eventuales como por ejemplo los índices de desempleo, los niveles de informalidad laboral o la ausencia o presencia de mecanismos de protección social supletorios". Esta posición, incluso, ha sido asumida por la ya citada Corte Suprema de Justicia en otras ocasiones. A este respecto, se pueden ver las Sentencias de la Sala de Casación Laboral, proferidas el 5 de julio de 2005 (M.P. Camilo Tarquino Gallego), el 5 de febrero de 2008 (M. P. Camilo Tarquino Gallego) y el 15 de febrero de 2011 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

[83] En la Sentencia T-464 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) se precisó este aspecto: En este contexto, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, a través de los procedimientos previstos en la ley, es determinante para establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de aquellas prestaciones asistenciales o económicas en los eventos de incapacidad permanente parcial o de invalidez.// La determinación de la disminución física o mental con secuelas laborales, se propone establecer el origen y el porcentaje de afectación del "conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual". Tal propósito, conjugado con la importancia de la función prestacional que cumple ha convertido este procedimiento, desde una visión constitucional, en un derecho de los usuarios del sistema, inescindible a determinadas prestaciones del mismo y que cobra especial relevancia al convertirse en el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como el mínimo vital. En otras palabras, es decisivo para establecer a qué tipo de auxilios tiene derecho quien padece una discapacidad como consecuencia de una actividad laboral, o por causas de origen común."

[84] "Fecha de estructuración: Se entiende como 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.”

[85] “Es decir, el día en que [el calificado] no puede seguir cumpliendo sus funciones en razón de su incapacidad y, en consecuencia, [enfrenta] la imposibilidad de proveerse un sustento económico a partir de su participación en el mercado laboral, así como de continuar efectuando las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social.”

[87] Véanse las Sentencias T-699A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-561 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-671 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-962 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-886 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-294 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-043 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[88] Así, por ejemplo, en la la Sentencia T-699A de 2007 la Sala Cuarta de Revisión conoció del caso de una persona portadora de VIH-SIDA, a quien le dictaminaron una pérdida de la capacidad laboral del cincuenta y tres punto veinticinco por ciento (53.25%) y le fijaron la fecha de estructuración el veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003). La Corte halló que la pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral se dio en un momento posterior a ese, debido a que el actor había podido continuar laborando y haciendo aportes al sistema. Verificados los aportes que realizó con posterioridad al momento en que se dijo que se estructuró su invalidez, la Sala concluyó que le asistía el derecho a la pensión de invalidez, sosteniendo: “[...] es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse 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.// En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.”

[89] M.P. María Victoria Calle Correa.

[90] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[91] “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, publicado en el Diario Oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005.

[92] “Artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: (...) “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión”.

[93] “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, publicado en el Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009.

[94] “ARTÍCULO 87. BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS. Las personas de escasos

recursos que hayan realizado aportes o ahorros periódicos o esporádicos a través del medio o mecanismo de ahorro determinados por el Gobierno Nacional, incluidas aquellas de las que trata el artículo 40 de la Ley 1151 de 2007 podrán recibir beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, de los previstos en el Acto legislativo 01 de 2005, como parte de los servicios sociales complementarios, una vez cumplan con los siguientes requisitos: // 1. Que hayan cumplido la edad de pensión prevista por el Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones.// 2. Que el monto de los recursos ahorrados más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima.// 3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.// PARÁGRAFO. Para estimular dicho ahorro a largo plazo el Gobierno Nacional, con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional y teniendo en cuenta las disponibilidades del mismo, podrá establecer incentivos que se hagan efectivos al finalizar el período de acumulación denominados periódicos que guardarán relación con el ahorro individual, con la fidelidad al programa y con el monto ahorrado e incentivos denominados puntuales y/o aleatorios para quienes ahorren en los períodos respectivos.// En todo caso, el valor total de los incentivos periódicos más los denominados puntuales que se otorguen no podrán ser superiores al 50% de la totalidad de los recursos que se hayan acumulado en este programa, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.// Los incentivos que se definirán mediante los instructivos de operación del Programa Social Complementario, denominado Beneficios Económicos Periódicos, deben estar orientados a fomentar tanto la fidelidad como la cultura del ahorro para la vejez.// En todo caso, el ahorrador sólo se podrá beneficiar del incentivo periódico si cumple con los requisitos establecidos en los numerales anteriores y ha mantenido los recursos en el mecanismo a la fecha de obtener un Beneficio Económico Periódico, salvo el caso de los incentivos aleatorios.// Como mecanismo adicional para fomentar la fidelidad y la cultura del ahorro el Gobierno determinará las condiciones en las cuales los recursos ahorrados podrán ser utilizados como garantía para la obtención de créditos relacionados con la atención de imprevistos del ahorrador o de su grupo familiar, de conformidad con la reglamentación que se expida para tal efecto.// También se podrá crear como parte de los incentivos la contratación de seguros que cubran los riesgos de invalidez y muerte del ahorrador, cuya prima será asumida por el Fondo de Riesgos Profesionales. El pago del siniestro se hará efectivo mediante una suma única.// Los

recursos acumulados por los ahorradores de este programa constituyen captaciones de recursos del público; por tanto el mecanismo de ahorro al que se hace referencia en este artículo será administrado por las entidades autorizadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.// El Gobierno Nacional podrá establecer el mecanismo de administración de este ahorro, teniendo en cuenta criterios de eficiencia, rentabilidad y los beneficios que podrían lograrse como resultado de un proceso competitivo que también incentive la fidelidad y la cultura de ahorro de las personas a las que hace referencia este artículo.// Con las sumas ahorradas, sus rendimientos, el monto del incentivo obtenido y la indemnización del Seguro, cuando a ella haya lugar, el ahorrador podrá contratar un seguro que le pague el Beneficio Económico Periódico o pagar total o parcialmente un inmueble de su propiedad.// Todo lo anterior de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, siguiendo las recomendaciones del Conpes Social.”

[95] “Por el cual se modifica el artículo 24 del Decreto 604 de 2013”, publicado en el Diario Oficial No. 48.901 de 2 de septiembre de 2013.

[96] “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto número 604 del 1o de abril de 2013 y se dictan otras disposiciones”, publicado en el Diario Oficial No. 49.010 de 20 de diciembre de 2013.

[97] Ley 691 de 2001. “ARTÍCULO 5o. VINCULACIÓN. Los miembros de los Pueblos Indígenas participarán como afiliados al Régimen Subsidiado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, excepto en los siguientes casos: // 1. Que esté vinculado mediante contrato de trabajo.// 2. Que sea servidor público.// 3. Que goce de pensión de jubilación.// Las tradicionales y legítimas autoridades de cada Pueblo Indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas.// PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Salud vinculará a toda la población indígena del país en el término establecido en el artículo 157 literal b, inciso segundo de la Ley 100 de 1993.// PARÁGRAFO 2o. La unificación del POS-S al POS del régimen contributivo se efectuará en relación con la totalidad de los servicios de salud en todos los niveles de atención y acorde con las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos indígenas.”

[98] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 3o. REQUISITOS DE INGRESO. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2983 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Los requisitos para el ingreso al Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) son: // 1. Ser ciudadano colombiano.// 2. Pertenecer a los niveles I, II y III del SISBEN, de acuerdo con los cortes que de fina el Ministerio del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación (DNP). Las personas indígenas residentes en resguardos, que no se encuentren Sisbenizadas, ni hagan parte de las excepciones previstas en el artículo 5o de la Ley 691 de 2001, deberán presentar el listado censal.”

[99] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 18. OBLIGACIONES DE COLPENSIONES. Colpensiones como entidad administradora del mecanismo de BEPS tendrá las siguientes obligaciones:// 1. La vinculación de beneficiarios, el recaudo de los aportes, el manejo de los sistemas de información, la verificación de topes máximos y mínimos de los aportes y demás condiciones establecidas para el desarrollo del mecanismo BEPS. Para estos efectos, deberá contar con una plataforma tecnológica que permita el manejo eficiente y eficaz de los datos de los beneficiarios y pondrá a su disposición canales exclusivos de atención, manejo de datos y recursos y redes de recaudo para los beneficiarios del mecanismo.// 2. La administración de los subsidios otorgados por el Estado.// 3. La estimación para cada beneficiario de los aportes y subsidios, así como los rendimientos financieros que va obteniendo en cada periodo, en los términos del presente decreto.// 4. El diseño del modelo operativo del mecanismo BEPS, que permita garantizar la capacidad para la prestación del servicio, el cual deberá ser autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia.// 5. El diseño y ejecución de la estrategia de comunicaciones y divulgación del mecanismo BEPS, en coordinación con el Ministerio del Trabajo y otras entidades del Estado expertas en temas de formalización, educación y capacitación.// 6. El suministro de información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita a los beneficiarios del mecanismo, conocerlo adecuadamente.// PARÁGRAFO. Colpensiones podrá celebrar contratos con terceros para el desarrollo de las actividades de operación del mecanismo de BEPS, excepto las de liquidación y otorgamiento del subsidio.”

[100] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 4o. APORTE. El aporte en el Servicio Social Complementario de BEPS será voluntario y flexible en cuantía y periodicidad. En consecuencia, se podrá efectuar en cualquier tiempo, sin restricción en la cuantía mensual, salvo lo establecido en el presente artículo. El saldo acumulado solamente se podrá retirar

al cumplirse los requisitos previstos en el artículo 11 del presente decreto.// El aporte anual máximo no podrá superar el valor de ochocientos ochenta y cinco mil pesos (\$885.000), durante la vigencia 2013. El Ministerio del Trabajo informará para cada vigencia el monto máximo del aporte. El porcentaje de incremento anual será definido por la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos.// La existencia de un aporte mínimo mensual y la definición de su monto, si a ello hubiere lugar, será definida por la junta directiva de la administradora de BEPS.// En el evento en que, antes de finalizar el año, una persona haya alcanzado el aporte anual máximo establecido, la administradora del mecanismo BEPS verificará este hecho e informará a la persona que en ese año no puede continuar realizando aportes. De haberse realizado aportes que superen el monto máximo, estos serán contabilizados para el año calendario siguiente, sin que se pueda superar el tope fijado.// No obstante lo anterior, se deberá dar traslado de estos casos a la UGPP, para lo de su competencia.”

[101] Artículo 6° del Decreto 604 de 2013.

[102] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 7o. CÁLCULO DEL VALOR DEL INCENTIVO PERIÓDICO. El valor del subsidio periódico que otorga el Estado, será igual al veinte por ciento (20%) del aporte realizado por el beneficiario del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos. Es decir, por cada cien pesos (\$100) que una persona aporte en el respectivo año, le corresponderán veinte pesos (\$20) adicionales considerados como el subsidio periódico que otorga el Estado.”

[103] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 11. REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DEL SERVICIO SOCIAL COMPLEMENTARIO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS. El beneficiario del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos estará sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos:// 1. Que el beneficiario si es mujer haya cumplido 55 años de edad, o si es hombre 60 años de edad. A partir del 1o de enero de 2014 serán de 57 y 62 años, respectivamente.// 2. Que el monto de los recursos ahorrados, más el valor de los aportes obligatorios, más los aportes voluntarios al Fondo de Pensiones Obligatorio y otros autorizados por el Gobierno Nacional para el mismo propósito, no sean suficientes para obtener una pensión mínima.// 3. Que el monto anual del ahorro sea inferior al aporte mínimo anual señalado para el Sistema General de Pensiones.”

[104] “ARTÍCULO 12. DESTINACIÓN DE RECURSOS DEL SERVICIO SOCIAL COMPLEMENTARIO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS. <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 2983 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> (...) PARÁGRAFO 2o. Si la persona vinculada a BEPS fallece antes de cumplir la edad para hacerse acreedor al Beneficio Económico Periódico, el monto del ahorro realizado, más sus rendimientos les serán devueltos a los herederos, sin que se genere el subsidio del Estado. Para tal fin, se seguirán los lineamientos que respecto de la exención del juicio de sucesión, la Superintendencia Financiera de Colombia fija para los establecimientos bancarios.”

[105] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 9o. INCENTIVO PUNTUAL. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 2983 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> El incentivo puntual es un subsidio cuya finalidad es promover la fidelidad en el ahorro, consiste en acceder a microseguros ofertados por compañías aseguradoras legalmente constituidas, en las condiciones en que el Gobierno reglamente.// La definición de las coberturas y valores asegurados de los microseguros, deberán ser aprobados por la Junta Directiva de Colpensiones.// La garantía de mantener el poder adquisitivo de los aportes al Servicio Social Complementario BEPS ofrecida por la administradora de dicho mecanismo con el fin de proteger los recursos de los beneficiarios, se calculará al final de la etapa de acumulación entendida esta como el tiempo que transcurre desde que la persona se vincula al mecanismo BEPS y el momento en que decide retirarse del mecanismo previo al cumplimiento de requisitos para acceder al Beneficio Económico Periódico. Los gastos de administración relativos a este Servicio Social Complementario, también se constituirán en un incentivo puntual.// La Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos podrá determinar otra clase de incentivos puntuales y/o aleatorios, en virtud del seguimiento de que trata el parágrafo del artículo 7o del Decreto número 604 de 2013.”

[106] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 22. FINANCIACIÓN DE LOS SUBSIDIOS Y/O INCENTIVOS. <Artículo modificado por el artículo 8 del Decreto 2983 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> La financiación del incentivo periódico e incentivos puntuales se hará con cargo al Presupuesto General de la Nación, considerando las disponibilidades fiscales de la Nación que sean definidas por el Confis. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 1328 de 2009, la contratación de microseguros que cubran los riesgos de invalidez y muerte de la persona vinculada al BEPS, será asumida por el Fondo de Riesgos Laborales y el pago del siniestro se hará efectivo mediante una suma

única.”

[107] Decreto 604 de 2013. “Artículo 10. Requisitos para otorgar el incentivo puntual. Para obtener el incentivo de que trata el inciso primero del artículo anterior, es necesario que durante el año calendario anterior, la persona haya realizado por lo menos seis (6) aportes en el Servicio Social Complementario BEPS, o pagos equivalentes al valor total de los aportes correspondientes a seis (6) salarios mínimos diarios legales vigentes.”

[108] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 16. REGLAS APLICABLES ENTRE EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y EL MECANISMO BEPS. <Artículo modificado por el artículo 5 del Decreto 2983 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Las personas vinculadas al mecanismo de los BEPS podrán voluntariamente disponer de su ahorro para mejorar su ingreso futuro, de conformidad con las siguientes reglas:// 1. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y adquiere el derecho a la Garantía de Pensión Mínima, se le devolverán los recursos ahorrados en BEPS con sus rendimientos. En este evento, no se hará acreedor al incentivo o subsidio periódico, por cuanto ello generaría un doble subsidio.// 2. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y requiere los recursos ahorrados en BEPS para completar el capital necesario en su cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión, podrá voluntariamente destinar estos recursos y sus rendimientos para tal fin y hacerse acreedora al incentivo periódico, siempre y cuando no se haga uso de la Garantía de Pensión Mínima.// El incentivo periódico se otorgará solamente para completar el capital necesario para el reconocimiento de la pensión.// 3. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, puede solicitar la Garantía de Pensión Mínima, si los recursos ahorrados en BEPS y sus rendimientos le permiten completar el número de semanas mínimas requeridas, aplicando el sistema de equivalencias mediante un mecanismo actuarial que definirán los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación. En este evento no se hará acreedora al Incentivo periódico.// 4. Si la persona se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y tiene capital suficiente para una pensión, podrá destinar las sumas ahorradas en el mecanismo BEPS más sus rendimientos, como cotizaciones voluntarias conforme lo previsto en el artículo 62 de la Ley 100 de 1993, con el fin de incrementar el saldo de su cuenta individual de ahorro pensional, para optar por una

pensión mayor. En este evento no se hará acreedora al incentivo periódico.// 5. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y requiere los recursos ahorrados en BEPS, para cumplir con los requisitos que le permitan obtener una pensión, de conformidad con un sistema de equivalencias mediante un mecanismo actuarial en semanas que definirán los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación, podrá voluntariamente destinar estos recursos y sus rendimientos para tal fin y hacerse acreedora al incentivo o subsidio periódico.// 6. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cumple con las semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez, podrá destinar las sumas ahorradas en el mecanismo BEPS y sus rendimientos para incrementar el monto de la pensión de vejez, de conformidad con el sistema de equivalencias precitado. En este evento no se hará acreedora al incentivo periódico.// 7. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en cualquiera de sus regímenes y logra cumplir los requisitos para obtener una pensión y no opta por acogerse a lo previsto en los numerales 4 y 6 del presente artículo, puede solicitar que los recursos ahorrados en BEPS, más los rendimientos generados, le sean devueltos por la administradora de BEPS. En este evento no se hará acreedor al incentivo o subsidio periódico.// 8. Si la persona se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones en cualquiera de sus regímenes y no logra cumplir los requisitos para obtener la pensión, si lo decide voluntariamente, los recursos por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, según aplique, podrán destinarse como ahorro al mecanismo BEPS, con el fin de obtener o incrementar la suma periódica que la persona planea contratar. Los recursos de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos se tendrán en cuenta para el cálculo del incentivo periódico y el valor de los títulos que pagará Colpensiones a los tres años siguientes de haber otorgado el Beneficio Económico Periódico contarán con el respaldo presupuestal de la Nación teniendo en cuenta lo contemplado en el Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector. En todo caso, el incentivo periódico se calculará propendiendo por estimular la permanencia y el ahorro de largo plazo para la vejez buscando mejorar las anualidades vitalicias BEPS a obtener como protección a la vejez. Para el efecto, los Ministerios de: Hacienda y Crédito Público y del Trabajo y el DNP podrán definir las condiciones, teniendo en cuenta que el incentivo es del 20% sobre el monto de la devolución de saldos o indemnización sustitutiva.”

[109] Decreto 604 de 2013. “ARTÍCULO 18. OBLIGACIONES DE COLPENSIONES. Colpensiones como entidad administradora del mecanismo de BEPS tendrá las siguientes obligaciones: 6. El suministro de información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita a los beneficiarios del mecanismo, conocerlo adecuadamente.”

[110] En los casos de pensión de invalidez de personas que padecen una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, la Corte ha establecido la siguiente regla jurisprudencial “Cuando se está en un trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, en donde la fecha de diagnóstico o del primer síntoma, es diferente de aquella en que se perdió efectiva y totalmente la capacidad laboral, es decir, cuando no pudo aportar más al sistema general de pensiones porque le fue imposible seguir laborando, se deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez, el día en que esa persona pierda de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, calificada con un porcentaje igual o mayor al 50%, y esa partir de esa fecha, cuando se debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable en el caso concreto.” (Ver, entre otras, sentencias T-715 de 2015, T-681 de 2015, T-520 de 2015, T-158 de 2014, T-623 de 2013, T-699A de 2007, T-710 de 2009, T-163 de 2011, T-801 de 2011).