

Sentencia T-477/18

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Caso en que no se tuvo en cuenta el tiempo que el accionante prestó el servicio militar obligatorio, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Excepciones para aceptar que se presente en un extenso espacio de tiempo entre vulneración y presentación

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza

Esta Corte ha manifestado que el derecho fundamental a la seguridad social hace referencia a los medios de protección que otorga el Estado para amparar a las personas y a sus familias de las contingencias que afectan la capacidad que estos tienen para generar ingresos suficientes a fin de vivir en condiciones dignas y confrontar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez.

PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Aplicación del art. 40 de la ley 48 de 1993, para efectos pensionales

TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión en cualquiera de sus modalidades

Esta Corte ha decantado la posibilidad de computar las semanas cotizadas en el régimen pensional, y el tiempo prestado en el servicio militar, independientemente de (i) si las personas se encuentran o no en transición, (ii) si están en regímenes especiales o los previstos por la Ley 100 de 1993, además, (iii) la sumatoria procede tanto para adquirir

pensiones de sobrevivientes, vejez o invalidez, y (iv) debe ser el fondo o administradora de pensiones en la que se encuentre afiliada la persona al momento de la contingencia, la que defina el derecho sumando el tiempo en que se prestó servicio militar

TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Reglas para su cómputo a efectos de acceder a la pensión de invalidez

El tiempo de prestación del servicio militar obligatorio podrá computarse a efectos de acceder a la pensión de invalidez y será beneficiario de la misma quien i) se encuentre afiliado al Sistema en cualquiera de los regímenes pensionales; ii) sea declarado inválido, por causa de origen no profesional, con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%; iii) en caso de declaratoria de invalidez, si esta fue causada por enfermedad, haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, iv) si la invalidez fue causada por accidente que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma; v) habrá lugar a computarse el tiempo de prestación del servicio militar como semanas efectivamente cotizadas al Sistema; vi) la base de cotización de la pensión no podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente

INCAPACIDAD LABORAL-Criterios legales y jurisprudenciales para definir quién está obligado a correr con el pago de las mismas

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Estará a cargo de la EPS cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación, según decreto antitrámites

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-El concepto favorable de rehabilitación mantiene el derecho a la reinstalación en el empleo, y si hay dictamen de invalidez se le reconocerá la pensión

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Acompañamiento y orientación al usuario en el trámite para el pago de incapacidades superiores a 180 días

TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión de invalidez

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a administradora de pensiones para que solicite certificación de tiempo de prestación del servicio militar al Ejército Nacional y proceda a resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional

Referencia: Expediente T-6.730.893

Acción de tutela formulada por el ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, a través de curadora legítima, contra PORVENIR S.A. y con vinculación oficiosa de la NUEVA EPS.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, el Magistrado Carlos Bernal Pulido, y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán con Función de Control de Garantías, en única instancia, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Rosmira Paz Chicue, quien actúa como curadora legítima del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, contra PORVENIR S.A.

Mediante auto del 21 de mayo de 2018, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco escogió el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos, para realizar la ponencia de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterio de selección subjetivo: urgencia de proteger un

derecho fundamental[1].

I. ANTECEDENTES

Rosmira Paz Chicue como curadora legítima[2] de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, formuló acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para obtener la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, la vida digna y el mínimo vital. Pasa la Sala a reseñar los aspectos centrales de la solicitud de amparo y las actuaciones surtidas dentro del trámite constitucional.

1. Hechos:

1.1. El día 18 de junio de 2012, el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES fue víctima de una agresión perpetrada por delincuentes que, a mano armada, le ocasionaron graves lesiones, por cuya causa ingresó a Urgencias del hospital Susana López Valencia de Popayán, para su debida atención, el día 19 de junio de 2012 a las 12:58:34 a.m.

1.2. Consecuencia de las lesiones provocadas por los delincuentes, el señor PAZ MENESES fue diagnosticado con “SECUELAS FUNCIONALES DE ENCEFALOPATIA HIPOXICO-ISQUEMICA SC HPACP[3]” y, desde tal valoración, tiene imposibilidad para moverse por sí mismo por lo que debe usar permanentemente silla de ruedas. Además del trastorno motor, los médicos tratantes registraron como secuelas, trastorno del lenguaje y alteraciones en el comportamiento, razón por la cual requiere ayuda para la realización de sus tareas vitales.

1.3. Para la época en que fueron ocasionadas las lesiones, el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES se encontraba afiliado a la NUEVA EPS, bajo el régimen contributivo y al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE S.A (fusionado con posterioridad con PORVENIR S.A.), Administradora de Fondo de Pensiones.

1.4. En respuesta a la solicitud elevada ante la NUEVA EPS, mediante oficio GRC-DPE 306090-13 de 2 de enero de 2013, la prestadora del servicio de salud le negó el pago de la prestaciones económicas derivadas de las incapacidades, superiores a los 180 días, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9, numeral 1 del Decreto 783 del 3 de mayo de 2000, pues refirió que correspondía al fondo de pensiones calificarlo y evaluar sobre la

eventual cancelación de la pensión de invalidez.[4]

1.5. El día 21 de marzo de 2013, MAPFRE Seguros dictaminó la pérdida de capacidad laboral de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES en un 77.65%, con fecha de estructuración el 18 de junio de 2012[5].

1.6. DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, quien cuenta actualmente con 33 años de edad, no posee formación académica y se desempeñó a lo largo de su vida en labores de cerrajería. Con ocasión al acto violento del que fue víctima el 18 de junio de 2012, permanece en silla de ruedas y necesita de total asistencia para sus necesidades básicas, por tal motivo la señora Rosmira Paz Chicue, quien en ese momento ejercía en calidad de agente oficioso, toda vez que la demanda de interdicción del señor PAZ MENESES en la que requirió fuera designada su curadora legítima se encontraba en trámite, solicitó, al Fondo de Pensiones HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez para su procurado. El Fondo, mediante oficio del día 05 de noviembre de 2013 negó el reconocimiento y pago de dicha pensión bajo el argumento de no haber cumplido con los requisitos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

1.7. Mediante providencia del 19 de diciembre de 2013, el Juzgado Primero de Familia del Circuito Judicial de Popayán declaró “en interdicción judicial absoluta” a DARWIN ORLANDO PAZ MENESES “por presentar encefalopatía hipóxica-isquémica, con deterioro mental severo e irreversible”, patologías que lo imposibilitan para administrar y disponer de los bienes que posea o llegare a tener, y le designó como curadora legítima a la tía paterna Rosmira Paz Chicue, con lo cual se habilitó su calidad para actuar en favor del señor Paz Meneses.

1.8. El día 24 de marzo de 2014 Rosmira Paz Chicue solicitó a PORVENIR S.A. (fusionado con la AFP HORIZONTE desde el 31 de diciembre de 2013), la reconsideración pensional en favor de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES y mediante oficio del 15 de abril de 2014 el fondo de pensiones negó nuevamente la pensión de invalidez por cuanto reiteró que no cumplió las cincuenta (50) semanas mínimas para generar el derecho pensional reclamado. Adujo la Administradora del Fondo de Pensiones que el señor Darwin solo cotizó 2.28 semanas al Sistema General de Pensiones dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

Consideró la Administradora de Pensiones que, respecto a los tiempos de servicio militar obligatorio prestados por Darwin Orlando Paz Meneses, en el Batallón de Infantería No 7 José Hilario López como soldado regular, integrante del noveno contingente de 2008, no podían ser computados como cotizaciones dentro del Sistema General de Pensiones establecido por la Ley 100 de 1993 para la generación del derecho a una pensión de invalidez o sobrevivientes, por cuanto se trata de un “régimen exceptuado”[6], en el que el régimen pensional de las fuerzas militares no hace parte. Pese a ello, adujo que al tenor de lo determinado por el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, dichos tiempos podían ser reconocidos como bonos pensionales.

1.9. Revisada la historia laboral del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, se evidencia que cotizó 2.28 semanas al Sistema General de Pensiones, las cuales corresponden a 5 días del mes de septiembre de 2011, 2 días del mes de mayo de 2012 y 9 días del mes de junio de 2012.[7] Durante el tiempo que el señor PAZ MENESES prestó el servicio militar obligatorio, hizo aportes al régimen especial de pensiones de las Fuerzas Militares. Del periodo comprendido entre junio de 2009 (fecha que se desprende del cálculo de los tres años contados retroactivamente desde la fecha de estructuración de invalidez: 18 de junio de 2012) y agosto de 2010 (fecha de retiro del servicio), puede colegirse aportes por más de 50 semanas.

2. Solicitud de tutela

El 15 de diciembre de 2017, Rosmira Paz Chicue en calidad de curadora de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, en virtud de la declaratoria de interdicción por sentencia judicial de fecha 19 de diciembre de 2013, instauró acción de tutela contra el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A, en la cual solicitó al Juez de tutela se ordenara a dicho Fondo el pago de las incapacidades dispensadas por el médico tratante con sus respectivos intereses superiores a los 180 días. De igual manera, solicitó se ordenara a PORVENIR S.A el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su procurado.

Con fundamento en los hechos expuestos, la señora Rosmira Paz Chicue, curadora legítima del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES invoca la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la vida digna de su procurado, que considera fueron vulnerados por la negativa del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., de acceder a lo

solicitado.

3. Traslado y contestación de la acción de tutela

El Juzgado Tercero Penal con Funciones de Control de Garantías de Popayán-Cauca por auto de 18 de diciembre de 2017, admitió la acción de tutela[8] interpuesta por DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, representado judicialmente por Rosmira Paz Chicue y dispuso vincular a la NUEVA EPS., para que se pronunciara sobre los hechos que suscitaron la presente acción de tutela.

3.1. Porvenir S.A.

El 21 de diciembre de 2017, la Directora de Litigios del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., Diana Martínez Cubides, brindó respuesta a las peticiones invocadas en la acción de tutela e indicó que DARWIN ORLANDO PAZ MENESES no cumplió con las exigencias legales para acceder a la pensión de invalidez, pues no cotizó dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de la estructuración las cincuenta (50) semanas requeridas y se remitió a las razones dadas en la comunicación de 5 de noviembre de 2013.[9] Reiteró su negativa de no acceder al cómputo del tiempo prestado en el servicio militar obligatorio fundado en que “dichos tiempos por tratarse de un régimen exceptuado, no son computables como cotizaciones dentro del sistema general de pensiones establecido por la Ley 100 de 1993, para la generación del derecho a una pensión de invalidez o sobrevivientes” [10] y luego le indicó los requisitos para efectuar la devolución de los saldos que trata el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

Por último, en relación con el reconocimiento y pago de las incapacidades pretendidas por el accionante a través de esta acción, PORVENIR S.A. explicó su improcedencia por cuanto DARWIN ORLANDO PAZ MENESES ya había sido declarado con pérdida de capacidad laboral del 77.65% con fecha de estructuración el 18 de junio de 2012 y con patologías de origen común, y que “el pago de incapacidades no fue creado por el legislador para perpetuarse en el tiempo, tiene una finalidad única, la cual es la de lograr la rehabilitación del individuo antes de determinar su porcentaje de pérdida de capacidad laboral”. [11]

En razón a lo anterior, el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. solicitó al Juez no tutelar los derechos pretendidos por el accionante, ya que la entidad no vulneró derecho fundamental

alguno del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES.

3.2. Nueva E.P.S S.A.

El 26 de diciembre de 2017, la Gerente Regional del sur occidente del país de la NUEVA E.P.S., radicó escrito de contestación en el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán-Cauca, en el que solicitó negar el amparo en contra de la entidad, dado que no vulneró derecho fundamental alguno.[12]

4. Decisión judicial objeto de revisión

4.1. Primera instancia

El Juzgado Tercero Penal Municipal de Popayán con Función de Control de Garantías, en sentencia del 2 de enero de 2018, declaró improcedente la acción de tutela.

Estimó que la controversia no tenía relevancia constitucional dado que se discutían aspectos económicos y que por tanto debía dirimirse por la jurisdicción ordinaria lo relacionado con la pensión de invalidez que le había sido negada al actor por el Fondo, en tanto no se satisfizo la densidad de las semanas requeridas y, por la Superintendencia de Salud lo relativo a las incapacidades solicitadas; así, al existir una vía judicial no era adecuado acudir a la acción de tutela.

4.2. Impugnación

Aun cuando la representante judicial de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES allegó escrito de impugnación el día 15 de enero de 2018 de la sentencia de tutela proferida en primera instancia, en la que expuso que “el fondo de pensiones viola los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de una persona cuando no paga las incapacidades generadas a partir del día 181 argumentando que la pérdida de capacidad laboral ya se calificó, sin tener en cuenta que posterior a dicha calificación continua discapacitado y que no se le ha reconocido la pensión de invalidez, y por tanto no percibe un ingreso que le permita suplir su mínimo vital y el de su familia durante el tiempo de su convalecencia”, el juzgado no la concedió debido a que fue interpuesta en forma extemporánea.

5. Pruebas que obran como elementos de juicio probatorio

5.1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, que da cuenta de que nació el 11 de febrero de 1985 y el día de hoy tiene 33 años de edad.[13]

5.2. Copia del dictamen de calificación de invalidez realizado por MAPFRE seguros a DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, en el que consta una pérdida de capacidad laboral del 77.65% por encefalopatía hipóxico-Isquémica que deja secuelas establecidas, de trastorno motor y del lenguaje.[14]

5.3. Copia de la historia clínica de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, con fecha de registro diecinueve (19) de junio de 2012 en la que la NUEVA EPS atiende al actor y certifica las incapacidades dadas por el médico tratante.[15]

5.4. Copia de oficio emitido por Horizonte Pensiones y Cesantías, con radicado No. EP JTP-13-9729 del 5 de noviembre de 2013.[16], mediante el cual responde solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

5.5. Copia de la respuesta dada por PORVENIR S.A de fecha 15 de abril de 2014, que resuelve la solicitud pensional No 84643 del 24 de marzo de 2014 elevada por la representante judicial de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, en la que solicitó la pensión de invalidez y en la cual se reitera la negativa por no tener las 50 semanas cotizadas anteriores a la fecha de estructuración, e indica la imposibilidad de contabilizar el tiempo de servicio prestado en el servicio militar obligatorio[17].

5.5. Copia de la Sentencia No 323 del 19 de diciembre de 2013 del Juzgado Primero de Familia del Circuito Judicial de Popayán, donde declara en interdicción judicial absoluta al ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES y designa a la señora Rosmira Paz Chicue como su curadora legítima[18].

5.6 Copia de la constancia expedida por el Ejército Nacional, Vigésima Novena Brigada del Batallón de Infantería No 7 José Hilario López, en la cual acreditan que el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES prestó servicio militar obligatorio como integrante del Noveno Contingente de 2008 (fecha de ingreso 9-C-2008), perteneciente a la compañía "D2"[19].

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la Revisión del fallo de tutela proferido dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso

El señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, a través de curadora legítima, presentó acción de tutela contra PORVENIR S.A. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social. La accionante afirmó que dicha entidad le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez y el pago de incapacidades. Con relación al reconocimiento de invalidez, la Administradora del Fondo de Pensiones negó la solicitud bajo el argumento de incumplir con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, respecto a la densidad de semanas cotizadas, y en relación con las incapacidades, sostuvo que no era viable disponer de su pago más allá de los 180 días, por cuanto el señor PAZ MENESES fue debidamente calificado y evaluado.

La accionante sostuvo que su procurado tiene derecho a las pretensiones invocadas, toda vez que sí cumplió con la densidad de cotizaciones exigidas así como con los presupuestos para el pago de las incapacidades, que carece de sustento económico, dado su padecimiento, para tener, junto con su familia, una vida en condiciones dignas y que, por tanto, al negarle lo solicitado, PORVENIR S.A. vulneró los derechos a la vida digna, mínimo vital y seguridad social.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en primer lugar, verificar si la acción de tutela interpuesta por DARWIN ORLANDO PAZ MENESES representado judicialmente por Rosmira Paz Chicue contra el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. cumple con los requisitos de procedencia formal de la acción de tutela.

Superado éste estudio, la Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos:

¿El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. vulnera los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, al no

contabilizar el tiempo de prestación del servicio militar, con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para reconocer, si ello era pertinente y legal, el derecho a la pensión de invalidez, bajo el argumento de no cumplir con la densidad de las semanas cotizadas que establece la Ley 860 de 2003?

¿El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. vulnera los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, al no reconocerle el pago de las incapacidades superiores a los 180 días causadas desde el 16 de diciembre de 2012[20], teniendo un dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50% de fecha 21 de marzo de 2013?

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala expondrá: (i) estudio de procedencia formal del amparo; ii) la seguridad social como derecho fundamental; (iii) Pensión de invalidez y sus requisitos de acceso, en concreto, la posibilidad de contabilizar o no el tiempo de servicio militar obligatorio para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, (iv) la obligación del fondo de pensiones de pagar las incapacidades después de los 180 días. Finalmente, (v) estudiará el caso concreto.

4. Estudio de procedibilidad formal del amparo

El artículo 86 Superior establece que la acción de tutela tiene como propósito garantizar la protección de los derechos fundamentales cuando estos son vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente de un particular. No obstante, esta acción solo puede ser ejercida cuando se cumplan los siguientes criterios de procedibilidad: (i) legitimación en la causa; (ii) inmediatez; y (iii) subsidiariedad.

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, esta supone que la acción de tutela deba ser formulada por la persona titular de los derechos fundamentales que están siendo vulnerados o amenazados, o alguien que actúe en su nombre. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, la acción de tutela debe dirigirse contra la autoridad o particular que vulnera o amenaza los derechos fundamentales.

En el caso que nos ocupa, el requisito de la legitimación en la causa por activa se encuentra superado, pues el ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES está representado por Rosmira Paz Chicue la cual, según consta en el expediente[21], es su curadora en virtud

de declaratoria de interdicción mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 2013 del Juzgado Primero de Familia del Circuito Judicial de Popayán y por tanto puede reclamar la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas que presuntamente están siendo vulnerados por la negativa de PORVENIR S.A. al no reconocerle la pensión de invalidez, y al no pagarle las incapacidades médicas.

De la misma manera, está satisfecho el presupuesto de legitimación en la causa por pasiva, pues la entidad accionada es PORVENIR S.A., quien, en el presente caso, es la encargada de reconocer y pagar la pensión de invalidez como también las incapacidades médicas solicitadas.

Siguiendo con el estudio de procedibilidad, en cuanto al requisito de subsidiariedad, este se entiende superado cuando la persona afectada no dispone de otro mecanismo de defensa judicial, en tanto esta Corporación ha sostenido que “La acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa o, existiendo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Con ocasión de ello, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la pretensión versa sobre el reconocimiento de derechos pensionales, por ejemplo la pensión de invalidez, en principio, la tutela no procede, pues para ese propósito existen mecanismos judiciales ante las jurisdicciones laboral o de lo contencioso administrativo, según la naturaleza del asunto. No obstante lo anterior, la Corte ha precisado que existen eventos en los cuales es posible que el juez de tutela pueda desatar de fondo controversias relacionadas con la pensión de invalidez, dependiendo de las circunstancias del caso, toda vez que dicha prestación podría ser el único sustento de las personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y una vida digna[22]” dadas las circunstancias especiales del caso y la situación en la que se encuentre el solicitante.

Esta Corte también ha reiterado que cuando “una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco

estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.”

“En este sentido, el principio de subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, reconocen la validez y viabilidad de los recursos judiciales ordinarios como mecanismos legítimos y prevalentes para salvaguardar los derechos, de modo que al existir tales mecanismos de defensa, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para garantizar una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos[23]”.

Por demás, el inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política establece que aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, deben recibir un mayor nivel de protección por parte del Estado, con el propósito de alcanzar una efectiva igualdad material. En la Sentencia T-057 de 2017 la Corte señaló que:

“Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta”.

“En consecuencia, esta Sala llama la atención a los jueces de instancia de las acciones de tutela de la referencia, por cuanto quienes invocan el amparo de sus derechos fundamentales son personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por las enfermedades que padecen, las cuales ya han sido calificadas y se ha determinado que efectivamente padecen una discapacidad, por lo que son sujetos de especial protección constitucional que merecen un trato preferencial por parte del Estado y, por tanto, el análisis de la procedencia de la acción es mucho más flexible. Lo anterior sin tener en cuenta que, como resultado de su estado de salud, se encuentran en una situación económica precaria al estar imposibilitados para trabajar y proveerse de los medios necesarios para su subsistencia”[24].

Aun cuando es posible entender que las incapacidades médicas son una prestación económica y que la pensión de invalidez puede obtenerse a través de mecanismos

ordinarios, lo cierto es que esta Corte ha señalado que, eventualmente puede la acción de tutela amparar los derechos vulnerados con ocasión al no reconocimiento de dichas prestaciones[25], cuando, (i) el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada, requisito que se cumple en esta ocasión dado que se agotó la petición administrativa y el resultado fue desfavorable, (ii) se acrediten, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario no es eficaz o idóneo para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales, lo cual también se satisface pues se trata de una persona con un grave padecimiento a quien debe garantizársele en forma pronta la solución de su condición.

De acuerdo con el supuesto fáctico y el acervo probatorio del caso objeto de estudio, se evidencia que el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES es sujeto de especial protección constitucional por las siguientes condiciones: (i) por su estado de salud, (ii) por haber sido declarado en interdicción judicial absoluta y tener una pérdida de capacidad laboral del 77.65%[26], y (iii) por ser una persona que no cuenta con suficientes recursos económicos.

La condición económica del señor PAZ MENESES se hace evidente al tenerse como cierto que no cuenta con estudios que le hayan permitido acceder a un trabajo mejor remunerado, toda vez que se pudo comprobar que dependía de las labores de cerrajería para su sustento y en estos momentos depende totalmente de su curadora para sobrevivir y no puede trasladársele a ésta toda la carga para el sostenimiento y cuidado que merece.

En efecto, dadas las condiciones de vulnerabilidad del actor, resulta desproporcionado someterlo a las resultas de un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral para obtener la pensión de invalidez y la definición sobre la viabilidad del pago de las incapacidades médicas, debido a que la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital es de tal magnitud que puede atentar contra su derecho a la vida en condiciones dignas, dado que no cuenta con recursos económicos suficientes para suplir sus necesidades básicas. Por lo tanto, de ser concedido el amparo ha de ser de manera definitiva y no transitoria.

Por último, en cuanto al requisito de inmediatez, se tiene que PORVENIR S.A, el 05 de noviembre de 2013 negó, en una primera oportunidad, el reconocimiento de la solicitud de la pensión de invalidez al señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES. Así mismo, el 15 de abril

de 2014 reiteró la negativa de acceder a la solicitud de reconocimiento pensional.

Ahora bien, aun cuando el demandante interpuso acción de tutela el 15 de diciembre de 2017, transcurridos tres (3) años y ocho (8) meses entre el hecho vulnerador y la presentación de la acción de tutela, se debe tener en cuenta que esta Corporación ha manifestado en varias oportunidades que cuando el asunto versa sobre prestaciones periódicas, como el no reconocimiento de las mesadas pensionales, dicha afectación es continua y, por tanto, la acción de tutela puede formularse en cualquier tiempo[27].

En efecto, bajo ciertas circunstancias y situaciones de excepcionalidad, el juez constitucional puede concluir que una acción de tutela interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, resulta procedente. En este sentido, la jurisprudencia ha identificado tres eventos en los que esto ocurre:

“(i) Ante la existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que ‘el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan’[28].

En este sentido, cuando se pretenda el reconocimiento de pensiones o de indemnizaciones sustitutivas de la pensión, cuyos beneficiarios sean sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha precisado que “debe siempre observarse la justa causa que motive el paso del tiempo en que los actores han dejado de interponer este mecanismo de amparo de derechos fundamentales. Será entonces necesario ponderar la validez del motivo del tiempo transcurrido que justifique la tardanza en la interposición de la tutela, frente a la gravedad de la vulneración de los derechos, puesto que no obstante que el requisito de inmediatez no tiene una exigibilidad muy estricta, por la especial condición de las personas enfermas o de la tercera edad, esto solo dependerá de la intensidad del quebrantamiento que hayan sufrido en sus derechos[29]”.

También se ha pronunciado la Corte sobre el requisito de inmediatez para reconocer y pagar pensiones en la sentencia SU-158 de 2013 en la cual sostuvo que el juez constitucional “debe constatar el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza de los derechos fundamentales y la interposición de la tutela.” Y añadió que “esa constatación no es suficiente para tomar una decisión sobre la inmediatez del amparo, ya que no cualquier tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, sino sólo aquella que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable”.

Por su parte, en la sentencia SU-499 de 2016 se indicó que el requisito de inmediatez debe analizarse bajo el presupuesto de que la falta de pensión puede generar una vulneración que permanece en el tiempo de manera continua. Lo anterior, debido a su carácter imprescriptible e irrenunciable que pone en riesgo el goce efectivo de otros derechos fundamentales, ya que “(...) las mesadas pensionales constituyen el único medio para satisfacer sus necesidades básicas; de manera que, sin estas se puede ver afectada la materialización del derecho fundamental al mínimo vital, entre otros derechos”.

Particularmente, dicha providencia señaló que un criterio para flexibilizar la exigencia del requisito de inmediatez en las acciones de tutela que pretenden el reconocimiento y pago de una pensión, es que “a pesar del paso del tiempo, la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales permanece, es decir, continúa y es actual”[30].

Se evidenció que Darwin Orlando Paz Meneses es un sujeto de especial protección, tiene 33 años de edad, fue declarado en situación de discapacidad, permanece en silla de ruedas y

por ello requiere de ayuda permanente para todas sus actividades, colaboración que es brindada por su curadora legítima según se dispuso en sentencia dictada en el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Popayán el 19 de diciembre de 2013 mediante la cual fue declarada su interdicción: “Darwin Orlando Paz Meneses es una persona que se encuentra postrado, no puede entender, ni darse a entender, su juicio de la realidad se encuentra comprometido, lo cual a voces del mismo perito le ocasionaría un impedimento para manejar o administrar bienes, su patología no tiene tratamiento alguno, conceptuando que se necesita el cuidado permanente de terceros”[31].

Además de lo anterior, se pudo advertir que el señor PAZ MENESES trabajaba en labores de cerrajería, lo que evidencia que carece de formación académica y ello no le permitió acceder a un oficio que le proporcionara recursos económicos suficientes para su congrua subsistencia, por lo que actualmente también depende para ello de su curadora, a quien, aunque se encuentre bajo su cuidado, no se le puede trasladar toda la carga de su manutención.

En virtud de los hechos anteriores, puede deducirse que el accionante necesita de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas, toda vez que no tiene otro medio de sustento y la acción de tutela es la única vía para poder garantizarle el derecho a una vida digna. Su dependencia de otra persona es razón suficiente para justificar la demora en instaurar la acción, conforme se señaló por esta Corte en sentencia T-383 de 2009 en la cual se ampararon los derechos fundamentales del accionante y se reconoció la pensión de invalidez: “en el expediente existen elementos que le permiten concluir a esta Sala que la demora en la interposición de la tutela obedeció a motivos válidos que le impidieron al actor ejercer dicha acción, toda vez que se trata de una persona de escasos recursos económicos, con graves problemas de salud y que fue declarada inválida, situación que la Corte ha considerado como factor válido para no exigir de manera estricta el requisito de procedibilidad atinente a la inmediatez.”

De esta manera, la Sala Novena de Revisión considera que, dada en el accionante la calidad de sujeto de especial protección por ser (i) una persona declarada en interdicción judicial, (ii) tener una pérdida de capacidad laboral del 77.65%, (iii) ser un paciente en silla de ruedas, con trastorno motor y del lenguaje, alteraciones en el comportamiento que requiere además de asistencia permanente, y (iv) no tener los recursos suficientes para satisfacer

sus necesidades básicas, amerita la intervención urgente del juez constitucional. En esos términos la acción de tutela de la referencia cumple con los requisitos de procedencia formal.

5. Seguridad social como derecho fundamental

El Estado colombiano tiene la obligación de garantizar la eficacia de los principios y derechos contemplados en la Constitución Política. Es por este motivo, que debe desplegar todas las actividades necesarias con la finalidad de permitir la materialización y el ejercicio de los mismos.

De conformidad con lo establecido en la jurisprudencia de este Alto Tribunal, el derecho a la seguridad social es el “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”[32].

De lo dispuesto en el artículo 48 superior, se evidencia que el derecho a la seguridad social tiene una doble significación. En primer lugar, como un servicio público de carácter obligatorio, cuya dirección, coordinación y control se encuentra a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y en segundo lugar, como un derecho irrenunciable, garantizado a todos los sujetos de derecho.

En este sentido, esta Corte ha manifestado que el derecho fundamental a la seguridad social hace referencia a los medios de protección que otorga el Estado para amparar a las personas y a sus familias de las contingencias que afectan la capacidad que estos tienen para generar ingresos suficientes a fin de vivir en condiciones dignas y confrontar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez[33].

En punto a la relevancia del derecho fundamental a la seguridad social esta Corporación ha indicado que tiene su fundamento en el “principio de la dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos”[34], por ende, hace referencia a los medios de protección que ayudan a asumir las situaciones difíciles que impiden la realización de actividades laborales.

Respecto de la pensión de invalidez, la Corte Constitucional ha establecido que esta tiene como finalidad proteger a las personas de las contingencias derivadas de una enfermedad de origen común o profesional o por haber padecido un accidente que disminuye o finiquita su capacidad laboral. Por lo tanto, para solventar esta circunstancia, se otorga una prestación mensual destinada a satisfacer las necesidades básicas que garanticen la subsistencia digna del afectado[35].

Para el caso que nos ocupa, resulta indispensable indicar los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante, que fueron utilizados para negarle el derecho.

La Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” establece en el artículo 38 que, “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

A su vez en el artículo 39 de la misma normatividad, que fue modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 dispone que los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en caso de que la persona tenga una pérdida de capacidad laboral del 50% o más, son los siguientes:

Artículo 39: Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

(...)

“2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma...”

Sobre tal derecho, esta Corporación en Sentencia T-510 de 2014, resolvió sobre la acción de tutela interpuesta por un ciudadano diagnosticado con cáncer testicular contra el fondo de

pensiones PROTECCIÓN S.A. el cual negó la pensión de invalidez por cuanto si bien tenía una pérdida de capacidad laboral del 56.75% con fecha de estructuración del 21 de julio de 2010, en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez no cumplía con el requisito de la densidad de las semanas cotizadas que establece el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El accionante pidió tener en cuenta, para efectos del conteo de las semanas, el tiempo durante el cual prestó servicio militar obligatorio, el cual se encontraba en el periodo dispuesto por dicha norma.

Para definir esa controversia, esta Corporación explicó que:

“La expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, busca crear estabilidad financiera en el sistema de pensiones y evitar así que se hicieran valederos como requisitos para adquirir el derecho pensional, situaciones diferentes a cotizaciones efectivas. Es decir, que a partir del referido acto legislativo no podría computarse ningún tiempo que no fuera realmente cotizado al sistema, en atención al principio de estabilidad financiera.

Sin embargo, de las consideraciones precedentes se tiene que el artículo 40 de la Ley 48 de 1993[36] debe ser aplicado frente a pensiones que se rigen por el principio de cotización efectiva, en la medida en que si bien el principio de sostenibilidad financiera resulta central en la regulación del sistema de pensiones, no puede restringirse injustificadamente los derechos de los ciudadanos, por cuanto, se reitera que:

ii) No reconocer el tiempo de servicio militar para efectos pensionales cuando estos dependen de sus cotizaciones es una distinción cuyo origen subyace en el régimen pensional al cual se encuentra afiliada la persona, lo cual supondría una violación del derecho a la igualdad, pues se estaría otorgando un trato distinto, sin una razón objetiva y razonable que así lo justifique.

iii) El hecho de computar las semanas correspondientes a la prestación del servicio militar, con el propósito de reconocer una pensión al amparo de lo previsto en la Ley 100 de 1993 o de otro régimen especial que exija la efectiva realización de una cotización (vía régimen de transición), supone la obligación a cargo de la Nación de realizar directamente el aporte al régimen pensional que haya sido elegido por el ciudadano.”[37]

La Corte Constitucional se ha pronunciado en casos similares tratándose de derechos

pensionales y el tiempo de servicio militar obligatorio, como lo hace a través de sentencia T-739 de 2014, en la cual protegió los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad y a la seguridad en cuanto el accionante los consideró vulnerados por la autoridad judicial al absolver al Instituto de Seguros Sociales, actualmente Colpensiones, del reconocimiento y pago de su pensión de jubilación por aportes, argumentando que el tiempo de servicio militar no es computable para dicho efecto. Dijo en dicha oportunidad esta Corporación: “en diversos pronunciamientos, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia, han aplicado el beneficio consagrado en el numeral a del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, manifestando que el mismo debe entenderse, en el sentido de que todo ciudadano que haya prestado el servicio militar obligatorio tiene derecho a que las entidades públicas contabilicen ese término como tiempo útil para reconocerle la pensión de jubilación”. [38]

Ahora bien, la Sentencia T-106 de 2012 señaló que “el lapso de la prestación del servicio militar obligatorio debe computarse como tiempo de servicio válido en el trámite de pensiones.” Bajo esa óptica, la Sala reiteró que los tiempos causados en el servicio militar obligatorio son computables para efectos pensionales sin importar el riesgo asegurado en aplicación a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 48 de 1993. [39]

En el mismo sentido, en sentencia T-063 de 2013, la Corte estudió el caso de una solicitud de pensión de vejez en la cual el accionante requería el cómputo de las semanas cotizadas mientras prestó servicio militar y se resolvió conceder el amparo solicitado. Se indicó en esa oportunidad que el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio debe ser contabilizado como tiempo de servicio válido en el trámite de la pensión de vejez, ya sea en virtud de la Ley 100 de 1993 o en otros regímenes especiales. Con base en ello, señaló: “es una obligación del ISS acumular el tiempo de servicio no cotizado en alguna otra entidad pública, como ocurriría con el tiempo destinado a la prestación del servicio militar obligatorio, para efectos de acceder al reconocimiento de una pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990”.

También consideró que: “Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio y sea beneficiario de un régimen pensional que se fundamenta en los aportes efectivamente realizados al sistema, tiene derecho a que la entidad encargada de reconocerle la pensión de vejez, le compute el tiempo durante el cual prestó dicho servicio como semanas

efectivamente cotizadas al sistema”[40].

En Sentencia T-906 de 2013 la Corte estimó que “la decisión de negar el reconocimiento de la pensión de vejez a quien se encuentra amparado por el régimen pensional, argumentando la imposibilidad de acumular tiempos de servicio militar no cotizados a ninguna caja o fondo pensional, constituía una vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, la seguridad social y debido proceso, como quiera que el empleador es responsable de que efectivamente se realicen las cotizaciones al sistema de pensiones, es decir, de trasladar el aporte correspondiente y las administradoras de fondos de pensiones de cobrar los aportes patronales atrasados[41].

Esta Corporación ha insistido en la importancia de, conforme lo ha dispuesto el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, computar el tiempo de prestación del servicio militar para reconocimiento de la pensión, en cualquiera de sus modalidades, por cuanto ha considerado que al ser un servicio prestado al Estado debe haber compensación especial por dicha labor. Desconocer esa tarea encomiable que se ha ejecutado por parte de los ciudadanos sería reñir con el principio de solidaridad que debe regir el derecho a la seguridad social, como fue expresado en Sentencia T-532A de 2016:

“Por otra parte, se encuentra que el aporte que se debe reconocer por parte de la Nación, en el caso de pensiones que se rigen por el principio de cotización efectiva, en los términos previstos tanto por la jurisprudencia administrativa como constitucional, más allá de surgir como una modalidad especial de compensación derivada del mandato del artículo 216 del Texto Superior, contribuye a su vez en la realización del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CP art. 48). En efecto, una de las expresiones del citado principio es el de colaborar con quien por razón de sus labores, como es arriesgar su vida por servir a la patria, en circunstancias concretas y específicas vinculadas a un determinado régimen pensional, requiere que se le reconozca una cuota parte a título de compensación, cuando de ello, por ejemplo, depende la obtención de un derecho como lo son las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes.

Bajo ninguna circunstancia, y se insiste en ello, se entiende que dicho reconocimiento afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues –como ya se dijo– se trata de una regla que responde a precisos objetivos constitucionales, cuya armonización con el régimen

pensional subyace en los artículos 48 y 216 de la Constitución Política, el primero, en lo referente a la aplicabilidad del principio de solidaridad y, el segundo, en la medida en que habilita al legislador para desarrollar prerrogativas especiales frente a quienes prestan el servicio militar obligatorio.”

En consecuencia, de acuerdo con las normas y jurisprudencia, el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio podrá computarse a efectos de acceder a la pensión de invalidez y será beneficiario de la misma quien i) se encuentre afiliado al Sistema en cualquiera de los regímenes pensionales; ii) sea declarado inválido, por causa de origen no profesional, con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%; iii) en caso de declaratoria de invalidez, si esta fue causada por enfermedad, haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, iv) si la invalidez fue causada por accidente que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma; v) habrá lugar a computarse el tiempo de prestación del servicio militar como semanas efectivamente cotizadas al Sistema; vi) la base de cotización de la pensión no podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal mensual vigente.

Es importante resaltar, tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia, que la persona que presta el servicio militar ocupa su tiempo en servir a la patria, luego tiene derecho a que dicho tiempo le sea reconocido y computado a efectos de acceder a una pensión, en los términos que establece la ley, y la entidad que deba reconocer el derecho a la pensión en cualquiera de sus modalidades podrá solicitar a la Nación, a través del Ministerio de Defensa Nacional o de Hacienda y Crédito Público, la financiación correspondiente a dicho periodo de servicio, con base en el salario mínimo actual vigente, y bajo la figura que concierna, ya sea cálculo actuarial, bono pensional o similares.[42]

7. Obligación de los Fondos de Pensiones al pago de las incapacidades superiores a los 180 días

La incapacidad laboral está contemplada como una contingencia por la que atraviesa un trabajador o empleado, ya sea por causa común o por accidente de trabajo, que le impide desempeñarse en sus labores.

En virtud de las incapacidades, las normas laborales han establecido como compensación

por el tiempo dejado de laborar el pago de las mismas, en determinadas proporciones, para evitar que se afecte la calidad de vida de las personas al no percibir remuneración por causa de su imposibilidad para trabajar.

Ha dicho esta Corporación que cuando surgen conflictos por causa del pago de incapacidades, si bien éstos deberán ser dirimidos por la jurisdicción ordinaria, podrá utilizarse la vía de tutela cuando se vean amenazados o se vulneren los derechos fundamentales como el mínimo vital, la vida digna y la subsistencia:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”[43].

En igual sentido, mediante sentencia T-643 de 2014 se concluyó: “Si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional”, argumento que fue reiterado en Sentencia T-200 de 2017:

“En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados”.

Ahora bien, en relación con la competencia para asumir el pago de las incapacidades, esta Corporación ha reiterado las pautas normativas que han de tenerse en cuenta para ello:

“- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°)

- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.”[44]

La jurisprudencia constitucional persigue radicar en cabeza del fondo de pensiones la

obligación de pagar al afiliado una prestación equivalente a la que venía recibiendo por parte de la E.P.S., con el fin de garantizar una protección y estabilidad mínima de los derechos constitucionales fundamentales de los cotizantes incapacitados por más de 180 días que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, bajo amenaza de su derecho al mínimo vital y el de sus dependientes.

“El pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador esto es, aquellas que se causen a partir del día 181 y hasta que se produzca el dictamen de invalidez, y por lo menos, por 360 días adicionales. En este punto, la Sala debe advertir que a la EPS le corresponde cumplir con el deber de acompañamiento del trabajador, en relación con el trámite necesario para obtener la cancelación de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, remitiendo directamente al correspondiente fondo de pensiones los documentos que requiere, a efecto de que su solicitud sea estudiada y decidida o de que, eventualmente, le sea reconocida una pensión de invalidez”[45].

Dispone el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

En los casos en que la enfermedad tenga un concepto médico de rehabilitación, el trabajador tiene el derecho de reintegrarse al cargo que venía desempeñando. Por el contrario, si la enfermedad genera una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% y si se acreditan los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez, se entiende que el fondo de pensiones tiene la obligación de pagar las incapacidades generadas mayores a 180 días hasta que se tenga

concepto por dictamen de invalidez.

Esta Corporación se pronunció en la sentencia T-468 de 2010 acerca de la obligación del fondo de pensiones en asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días, al respecto indicó que: “frente a la contingencia que surja de una enfermedad o un accidente bien sean de origen profesional o de origen común, el Sistema integral de Seguridad Social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Si la enfermedad merece un concepto favorable de recuperación, el trabajador mantiene el derecho a la reinstalación en el empleo. Si la enfermedad genera una limitación o pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, da lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en cuyo caso la calificación de la pérdida laboral corresponde emitirlo a la EPS, a la Aseguradora o a la Junta de calificación de invalidez, según sea el caso. A su vez, el Sistema establece que el reconocimiento de la pensión de invalidez sólo puede tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral, o se compruebe la imposibilidad de la misma según lo preceptuado en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001”. [46]

En el mismo sentido esta Corporación expuso mediante sentencia T-920 de 2009 que: “la Entidad Promotora de Salud le asiste un deber de acompañamiento y orientación al usuario en cuanto al trámite para obtener el pago de las incapacidades superiores a 180 días, en el sentido de remitir directamente los documentos correspondientes ante el Fondo de Pensiones respectivo, para que éste haga el estudio de la solicitud y decida acerca del pago de la prestación reclamada o el reconocimiento de una eventual pensión de invalidez. Ello, en razón a que, no es constitucionalmente admisible que al trabajador incapacitado se le someta a tramites adicionales o a cargas administrativas que no está en la obligación, ni en condiciones de asumir”.

Es claro entonces que i) el pago de las incapacidades puede solicitarse vía de tutela siempre que se vean afectados o en riesgo de vulneración los derechos fundamentales al mínimo vital y a una vida digna, ii) corresponde a la administradora del fondo de pensiones el pago del subsidio por las incapacidades superiores a los 180 días, salvo excepciones como el incumplimiento de la EPS de emitir el concepto de rehabilitación, iii) el pago de las incapacidades se realizará hasta que se tenga concepto por dictamen de invalidez, caso en el cual se dispondrá el reconocimiento de la pensión por dicha causa.

Ahora, hay necesidad de establecer si las incapacidades laborales y la pensión de invalidez son compatibles y hay lugar a su reconocimiento conjunto o, si por el contrario, resultan excluyentes.

Como se deriva de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, si un individuo recibe el subsidio por incapacidades temporales y se encuentra a la expectativa de un concepto que lo habilite para volver a sus labores cotidianas, tal auxilio le ayudará, en tanto se emita dicho concepto, a solventar las necesidades básicas, como es el objeto de tal prestación.

Sin embargo, si el concepto de rehabilitación no procede por cuanto su estado de salud no da lugar a tal pronunciamiento y por el contrario existe un concepto de pérdida de capacidad laboral superior al 50% ello conllevará, en caso de cumplir con los requisitos legales, al reconocimiento de la pensión de invalidez. Pero en virtud de corresponder a otra prestación, la una reemplazará a la otra para la garantía de los derechos fundamentales y a menos que los tiempos no estén cubiertos por una u otra, por cuya causa se vulnere el mínimo vital del individuo, no podrá concurrir su mutuo reconocimiento pues se estaría frente a un enriquecimiento sin causa y a una afectación económica del sistema.[47]

Tal incompatibilidad la sostuvo esta Corte mediante Sentencia T-004 de 2014, frente a la responsabilidad de las entidades para asumir el pago de incapacidades por enfermedad de origen común, inferior o superior al 50%: “existe un vacío legal frente al obligado a pagar cuando se superan los 540 días de incapacidad sucesiva, existiendo dos panoramas: 1) que el trabajador tenga un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y se sigan expidiendo incapacidades laborales o, 2) que la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%.”

“4.1.6.1. En el primer escenario, los derechos reconocidos legalmente para el trabajador cuya incapacidad ha finalizado, consiste en la obligación del empleador de reintegrar a su puesto habitual de trabajo, además que el empleador siga realizando en su favor aportes a la seguridad social y que su vínculo laboral sea terminado únicamente con la autorización del Ministerio del Trabajo.”

“4.1.6.2. En el segundo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el momento en que las incapacidades laborales

se causan, se debe reconocer el derecho pensional y como éste se paga retroactivamente, “no hay lugar al pago simultáneo de la prestación por concepto de incapacidad y por concepto de pensión según lo establecido en el artículo décimo de la ley 776 de 2002”. Igualmente, el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales.” (Negritas fuera de texto original)

8. Caso concreto

El señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES de 33 años de edad, se desempeñó a lo largo de su vida en labores de cerrajería. A raíz de una agresión ocasionada, el día 18 de junio de 2012, con arma cortopunzante por parte de delincuentes, sufrió lesiones que le dejaron “secuelas funcionales de encefalopatía hipóxico-isquémica S.C.A HPATCP”, según se desprende del diagnóstico registrado en la historia clínica del paciente, lo cual significa que tiene trastorno motor y del lenguaje, además de alteraciones en el comportamiento, razón por la cual requiere para su movilidad de una silla de ruedas y de asistencia permanente para su cuidado.

El día 21 de marzo de 2013, el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES fue calificado por MAPFRE seguros con una pérdida de capacidad laboral del 77.65% y con fecha de estructuración del 18 de junio de 2012. Por estos hechos solicitó, a través de su curadora legítima, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

El día 05 de noviembre de 2013, mediante oficio radicado No. DPJTP 13-9729, el Fondo de Pensiones HORIZONTE (que posteriormente se fusionó con PORVENIR S.A.), responde la solicitud y niega el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento de no contar con el requisito del tiempo establecido en la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión, el cual es haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la invalidez (18 de junio de 2012). Además, adujo la Administradora de Pensiones que, en torno a la sumatoria del tiempo de servicio militar

obligatorio prestado por el ciudadano, éste no podría tenerse en cuenta por tratarse de un régimen distinto al del sistema general de pensiones.

Dicha negativa fue reiterada por el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., mediante oficio radicado con el No. 0200001107914000 del 15 de abril de 2014, nuevamente bajo el argumento de no contar con el requisito del tiempo, establecido en la Ley 860 de 2003 y la imposibilidad de computar el término del servicio militar obligatorio prestado por el señor PAZ MENESES.

Consecuencia de lo anterior, el día 15 de diciembre de 2017, la señora Rosmira Paz Chicue, quien actúa como curadora legítima del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, inicia acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Porvenir, por considerar que su procurado cuenta con las exigencias legales para acceder a la pensión y con la omisión de la Administradora, se le vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

Al analizar los hechos, documentos y términos legales, se pudo establecer que efectivamente, el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% (77.65%). Se advierte como probable que dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de invalidez, término en el cual prestó el servicio militar, cuenta con las semanas de aportes al Sistema para acceder a la pensión de invalidez.

La omisión del cómputo de las semanas cotizadas durante el tiempo de prestación del servicio militar, ha imposibilitado al accionante tener una vida digna y aliviar el peso de su enfermedad puesto que, se reitera, la densidad de semanas exigidas para acceder a la pensión de invalidez en los términos de la Ley 860 de 2003, puede encontrarse satisfecha.

De acuerdo con las normas y jurisprudencia aplicables a la pensión de invalidez, la Sala entrará a determinar si la negativa de PORVENIR S.A a reconocer el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio para acceder a las prestaciones correspondientes, vulnera los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES.

En el acápite de consideraciones de la presente providencia, quedó claro que para acceder a la pensión de invalidez, el afiliado deberá demostrar un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% y cumplir con los parámetros establecidos en la normatividad vigente, y que es posible contabilizar el periodo en el que se prestó el servicio militar.

En el caso objeto de estudio, la fecha de estructuración de la invalidez se estableció el 18 de junio de 2012, por ende la norma aplicable sería la Ley 860 de 2003. Dicha norma, para el reconocimiento de la pensión de invalidez, exige haber cotizado cincuenta (50) semanas o más dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Sobre el particular, no cabe duda de que PORVENIR S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, por negarse a tener en cuenta y computar para el posible cumplimiento del requisito, las semanas en las que prestó el servicio militar obligatorio, en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, conforme al artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para acceder a la pensión de invalidez. La negativa del fondo de pensiones le ha impedido al actor solventar sus necesidades básicas, pese a que los requisitos exigidos pueden encontrarse satisfechos.

De esta manera, está acreditado que el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, al pronunciarse sobre el derecho a la pensión de invalidez, sin tener en cuenta el periodo en el que prestó el servicio militar obligatorio, que podría ser suficiente para acceder a la prestación.

En consecuencia, se ordenará a PORVENIR S.A. que, una vez se tenga certeza del tiempo de prestación del servicio militar obligatorio, previa certificación en tal sentido por parte del Ejército Nacional, proceda a resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional y, en caso de acumular el tiempo suficiente le otorgue al actor la prestación junto con el retroactivo a que haya lugar conforme las normas aplicables.

Ahora bien, en relación con el pago de las incapacidades aparece demostrado que el día 02 de enero de 2013, la Nueva EPS trasladó a PORVENIR S.A. mediante oficio No GRC-DPE

306090-13, la petición de pago, por cuanto adujo que para el 16 de diciembre de 2012 habían transcurrido 180 días continuos de incapacidad como consecuencia de su diagnóstico[48], término hasta el cual están obligadas las empresas promotoras de salud EPS para el pago de las mismas. A partir del día 181 corresponde al fondo pensional su reconocimiento.

PORVENIR S.A. el día 21 de diciembre de 2017, en el término de traslado de la acción de tutela iniciada el día 15 de diciembre de 2017, mediante escrito de respuesta se negó a reconocer dichas incapacidades fundado en que al accionante le fue declarada una pérdida de capacidad laboral del 77.65% con fecha de estructuración de 18 de junio de 2012 por patologías de origen común de manera que no podría calcularse indefinidamente. Al respecto, dado que para la Sala debe resolverse el derecho a la pensión siguiendo las reglas aquí establecidas, y que de resultar el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES beneficiario de esta prestación, las incapacidades serían incompatibles, no puede accederse a este reconocimiento. En todo caso, de no otorgársele la pensión, Porvenir deberá evaluar la solicitud de pago de las incapacidades siguiendo para el efecto la jurisprudencia constitucional en la materia.

9. Síntesis

En la presente oportunidad, la Sala Novena de Revisión examina el caso del ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, quien solicitó, a través de curadora legítima, la protección de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y seguridad social, los cuales considera vulnerados por la Administradora de Pensiones PORVENIR S.A., la cual se negó a verificar el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio para establecer el posible derecho del actor al reconocimiento de la pensión de invalidez y de las incapacidades otorgadas por el médico tratante.

El accionante es un ciudadano en estado de indefensión, con imposibilidad para moverse por sí mismo, padece de trastorno motor y del lenguaje, por cuya causa necesita ayuda para realizar sus tareas vitales y está condicionado a una silla de ruedas.

PORVENIR S.A. consideró que el accionante no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, específicamente el de no haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que no

computó el periodo en el cual el actor prestó servicio militar obligatorio.

De igual manera desconoció el pago de las incapacidades con posterioridad a los 180 días, puesto que adujo que el accionante ya tenía establecida una pérdida de capacidad laboral mayor a 50% con fecha de estructuración del 18 de junio de 2012, fecha en que ocurrieron los hechos que causaron la invalidez.

El juez de primera instancia declaró improcedente la presente acción de tutela debido a que estimó que la controversia no tenía relevancia constitucional dado que se discutían prestaciones económicas y por tanto podía acudir a la justicia ordinaria.

De conformidad con estos supuestos fácticos, los problemas jurídicos que se dilucidaron fueron:

¿El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social del ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, al no contabilizar el tiempo de prestación del servicio militar, con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, para reconocer, si ello era pertinente y legal, el derecho a la pensión de invalidez, simplemente argumentando no cumplir con la densidad de las semanas cotizadas que establece la Ley 860 de 2003?

¿El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social de DARWIN ORLANDO PAZ MENESES, al no reconocerle el pago de las incapacidades superiores a los 180 días causados desde el 16 de diciembre de 2012[49], teniendo un dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50% de fecha 21 de marzo de 2013?[50]

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala expuso: (i) estudio de procedencia formal del amparo; ii) la seguridad social como derecho fundamental; (iii) pensión de invalidez y sus requisitos de acceso; en concreto la posibilidad de contabilizar o no el tiempo de servicio militar obligatorio para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez; (iv) la obligación del fondo de pensiones de pagar las incapacidades después de los 180 días. Finalmente, (v) estudió del caso concreto.

En cuanto al primer problema jurídico, relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez,

la Sala indicó que el precedente de la Corte Constitucional ha sido claro al determinar que para acceder a la pensión de invalidez[51] el solicitante debe acreditar al menos cincuenta (50) semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que debe contar con una pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50% y que es posible computar el tiempo de servicio militar (i) independientemente de si las personas se encuentran o no en transición, (ii) si están en regímenes especiales o los previstos por la Ley 100 de 1993, (iii) la sumatoria procede tanto para adquirir pensiones de sobrevivientes, vejez o invalidez, (iv) el fondo o administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado al momento de la contingencia, deberá definir el derecho sumando el tiempo prestado a servicio militar y podrá solicitar a la nación, a través del Ministerio de Defensa Nacional o de Hacienda y Crédito Público, la cuota parte correspondiente a dicho tiempo de servicio con base en el salario mínimo actual vigente.

Al estudiar la historia laboral y el certificado en el que consta la prestación del servicio militar en los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez del accionante, puede deducirse que tal período podría ser suficiente para acceder a la pensión.

Lo anterior, de acuerdo con el precedente fijado por esta Corporación en sentencias T-106 de 2012, T-063 de 2013, T-906 de 2013, T-510 de 2014, T-739 de 2014, T-547 de 2016, T-532A de 2016, T-124 de 2017, entre otras, en las cuales se señaló que deben computarse las semanas cotizadas en el régimen general de pensiones y aquellas cotizadas durante la prestación del servicio militar obligatorio. Al realizar dicho cómputo, tratándose de pensiones de vejez y de sobrevivientes, se desconocería el derecho a la igualdad de no proceder de tal manera en el caso de pensión de invalidez.

Agotado el análisis en torno al primer problema jurídico, la Sala procedió a examinar lo relativo a la reclamación del pago de incapacidades. Sobre el asunto se destacó, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 917 de 1999 y la jurisprudencia constitucional[52], que es factible acudir a la vía de tutela para solicitar el reconocimiento de las mismas al verificarse la vulneración, como en este caso ocurre, del mínimo vital y a una vida digna. Sin embargo, cuando el Fondo de Pensiones reconoce y paga la pensión de invalidez, una vez verificado el requisito legal para ello, no tiene derecho el actor a reclamar las incapacidades medicas superiores a 180 días, si el término de pensión cubre el de

incapacidad.

Para el caso de análisis, se pudo verificar que al contar el señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES con un dictamen de pérdida de capacidad de 77.65% con estructuración del 18 de junio de 2012, tener en cuenta la historia laboral y el certificado en el que consta la prestación del servicio militar en los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez del accionante, puede deducirse que el tiempo cotizado para la obtención de las semanas exigidas podría ser suficiente para acceder a la pensión. Ahora bien, en caso de no proceder el reconocimiento de la pensión, Porvenir deberá evaluar la solicitud de pago de las incapacidades, conforme la jurisprudencia constitucional en la materia.

La omisión del cómputo de las semanas cotizadas durante el tiempo de prestación del servicio militar, ha imposibilitado al accionante tener una vida digna y aliviar el peso de su enfermedad puesto que, se reitera, la densidad de semanas exigidas para acceder a la pensión de invalidez en los términos de la Ley 860 de 2003, puede encontrarse satisfecha.

A partir de los anteriores hallazgos, la Sala concluye que es preciso revocar la decisión objeto de revisión, en cuanto PORVENIR S.A. desconoció el derecho del actor al cómputo del tiempo de prestación del servicio militar, con el cual podría tener acceso al reconocimiento de la pensión de invalidez.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.-REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Popayán, el 2 de enero de 2018, que declaró improcedente la acción de tutela para, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital del ciudadano DARWIN ORLANDO PAZ MENESES.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Administradora de Pensiones –PORVENIR S.A.– que, dentro de

los dos (2) días siguientes a la notificación de esta sentencia, solicite la certificación de tiempo de prestación del servicio militar del señor DARWIN ORLANDO PAZ MENESES al Ejército Nacional y, una vez allegada, proceda en el término de diez (10) días hábiles, a resolver de fondo la solicitud de reconocimiento pensional y, en caso de acumular el tiempo suficiente le otorgue al actor la prestación junto con el retroactivo a que haya lugar, conforme las normas aplicables.

TERCERO.- No acceder al pago de las incapacidades médicas reclamadas por DARWIN ORLANDO PAZ MENESES frente a PORVENIR S.A. con base a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En todo caso, deberá evaluar la solicitud de pago de las mismas siguiendo para el efecto la jurisprudencia constitucional en la materia, de no proceder al reconocimiento de la pensión.

CUARTO.- Por Secretaría General Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 2, cuaderno 1 Corte Constitucional.

[2] Folios 100 a 108, cuaderno primera instancia. Sentencia No 323 del 19 de diciembre de 2013.

[3] Folio 10, cuaderno primera instancia.

[4] Folio 9, cuaderno primera instancia. La Nueva EPS: "...Nueva EPS S.A. pudo establecer que este (a) usuario(a) presentó al 16 de Diciembre de 2012, 180 días continuos de incapacidad como consecuencia del diagnóstico: (S269)"

[5] Folios 10 a 12, cuaderno primera instancia.

[6] Folios 96 a 99, cuaderno primera instancia.

[8] Folio 46, cuaderno de primera instancia.

[9] Folio 124, cuaderno primera instancia.

[10] Folio 114 Cuaderno primera instancia

[11] Folio 119 Cuaderno primera instancia

[12] Folio 116, cuaderno primera instancia.

[13] Folio 8, cuaderno de primera instancia.

[14] Folios 10,11,12 cuaderno de primera instancia

[15] Folios 13 al 95 cuaderno de primera instancia.

[16] Folio 124 cuaderno de primera instancia.

[17] Folio 97 al 99 cuaderno de primera instancia.

[18] Folios 100 al 108 cuaderno de primera instancia.

[19] Folio 68, cuaderno Corte.

[20] Fecha en la se empieza a contar los 181 días de incapacidad dada al actor por el médico tratante. Folio 9, cuaderno2.

[21] Folios 110-108, cuaderno primera instancia.

[22] T-176 de 2018 La Corte estudió el caso de una señora que formuló acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones -en adelante Colpensiones-, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social, ante la negativa en el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, bajo el argumento de incumplir los requisitos exigidos en la Ley 860 de 2003. La corte revoca el fallo que declara improcedente la acción y en su lugar ampara los derechos tutelados.

[23] T-295 de 2016. En esta oportunidad, la Corte decide confirmar los fallos anteriores que declararon la improcedencia de la acción de tutela toda vez que no se acredita el requisito de subsidiariedad, debido a que el accionante no se encuentra en un estado de vulnerabilidad manifiesta que le impida acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se reactive el pago de la pensión de invalidez. Además, el accionante cotiza al régimen de seguridad social en pensiones, de manera que al momento de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 podrá obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

[24] T-057 de 2017. La Corte reconoce la pensión de invalidez que alegan los tutelantes, argumenta que se cumple con el requisito establecido para acceder al beneficio pensional, toda vez que el actor cuenta con una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% y la densidad de las semanas cotizadas

[25] Sentencia T-729 de 2012, se explicó que: “frente al pago de las incapacidades se ha dicho que este evita que se vean comprometidos los derechos fundamentales de quien padece una disminución de sus habilidades físicas o mentales. En ese sentido esta Corporación ha señalado que: [El] no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”.

[26] Folios 10 a 12, cuaderno de primera instancia.

[27] Sentencias T- 328 de 2004. La Corte argumentó que “La protección de los derechos fundamentales no puede sujetarse a términos inexorables, sino a la prudente valoración del fallador quien deberá considerar la situación concreta, las razones que no permitieron al afectado instaurar la acción de manera temprana, las repercusiones de no conceder el amparo, al igual que los efectos de la intervención respecto de los derechos adquiridos por terceros. Uno de los criterios seguidos, frente a la necesidad de fijar un límite temporal a la acción de tutela, que consulte la seguridad que demandan las relaciones jurídicas a la vez que restablezca el derecho fundamental quebrantado, tiene que ver con la caducidad o la prescripción de las acciones previstas para reclamar los derechos ante la justicia ordinaria, a fin de que la protección a la vez que restablezca el derecho no vulnere situaciones previamente consolidadas”.

[28] Sentencia T-087 de 2018. La Corte tutela los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y al mínimo vital de la accionante al considerar que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio cuando se evidencia que las condiciones de vulnerabilidad del accionante requieren la necesaria e inminente intervención del juez constitucional para salvaguardar con medidas de ejecución inmediata la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

[29] Sentencia T-291 de 2017 que abordó el principio de inmediatez en materia pensional. Debe observarse la justa causa que motive el paso del tiempo por sujetos de especial protección constitucional.

[30] Sentencia T-307 de 2017. La Corte analizó el principio de inmediatez en materia pensional como un criterio particular dependiendo de la situación fáctica del accionante.

[31] Folios 100 al 108, cuaderno primera instancia.

[32] Sentencia T-1040 de 2008. La sala revocó los fallos proferidos con anterioridad y amparó los derechos fundamentales acá vulnerados, toda vez que a los accionantes se les había negado la pensión de invalidez por no cumplir con la densidad de las semanas cotizadas contempladas en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Al respecto indicó: “frente a sus circunstancias especiales de debilidad manifiesta en las que se encuentran los

señores YY y ZZ, desconoce el principio de progresividad de los derechos prestacionales ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, y por tanto vulneró sus derechos a la vida, al mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y el principio de dignidad humana, de tal manera que es indispensable la intervención del juez de tutela para que en los presentes asuntos se aplique, para efectos del reconocimiento de su pensión de invalidez, los requisitos previstos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original. En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que proceda a reconocer inmediatamente la pensión de invalidez”.

[33] Sentencia C-674 de 2001. La Corte declara EXEQUIBLE el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 el cual dispone lo siguiente:” ARTICULO 61.- Personas Excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.: Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

a. Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.

b. Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes”. Ahora bien, esta sala al analizar este artículo encuentra que por el contrario a lo que alega el accionante, se están protegiendo los derechos a la igualdad al no permitir que una persona tenga el goce de dos prestaciones con idéntica función y además está evitando un traumatismo al sistema general de pensiones toda vez que “ para obtener una pensión en el régimen de ahorro individual la persona debe cotizar durante menos tiempo que en el régimen de prima media, tal y como éste se encuentra regulado por las normas de transición, y en especial por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, lo cierto es que para acumular el capital requerido para obtener, en el régimen de ahorro individual, la misma pensión que tendría en el régimen de prima media, el trabajador debería cotizar por más tiempo”.

[34] Sentencia T-690 de 2014. En esta oportunidad la Corte centra su análisis en la resolución de la situación jurídica en que se encuentra el ciudadano Guillermo Cuesta

Murillo, de 74 años de edad y objeto de numerosas patologías, quien afirma haber cumplido a cabalidad con la totalidad de los requisitos que le eran exigibles a efectos de hacerse acreedor al derecho a una pensión de vejez, pero que ésta le ha sido denegada por la omisión de su empleador en el pago de las cotizaciones y la correlativa negligencia de la entidad administradora de fondos pensionales en el ejercicio de sus potestades legales para obtener la efectiva materialización de dicho pago, para lo cual se estudia que “el actor, en virtud de su avanzada edad (74 años) y de las diversas patologías que lo afectan, se constituye en un sujeto de especial protección constitucional a quien no solo se hace desproporcionado exigirle el desarrollo de un proceso jurisdiccional ordinario que resuelva, en forma definitiva, sobre la titularidad del derecho que reclama, sino que, de hacerse de esta manera, se terminaría por permitir la vulneración de sus demás derechos fundamentales, en cuanto el mecanismo ordinario no sería lo suficientemente idóneo como para permitir la salvaguarda de los intereses en discusión.”

[35] Sentencia T-434 de 2012, la Corte estudia el caso de una persona de 55 años de edad con una pérdida de capacidad laboral de 57.85% estructurada el 20 de enero del 2010, que solicitó la protección de su derecho a la seguridad social, por cuanto el Instituto de Seguros Sociales negó, en su opinión, injustificadamente el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez al no contabilizar en debida forma las semanas por él cotizadas, pero al analizar el acervo probatorio “queda demostrado que el señor John Jairo González Gómez, en primer lugar, no cumple los requisitos establecidos para acceder a la pensión de invalidez conforme a la legislación pensional, por cuanto no cuenta con 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez y en segundo lugar, no le es aplicable el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al no tener el 75% de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez.”

[36] Artículo 40 Ley 48 de 1993. “AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Ley derogada por el artículo 81 de Ley 1861 de 2017: Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos: a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley”.

[37] Sentencia T-510 de 2014

[38]MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[39] Sentencia T-124 de 2017: reitera posición de esta Corporación: “Frente al riesgo invalidez la Sentencia T-106 de 2012 señaló que el lapso de la prestación del servicio militar obligatorio debe computarse como tiempo de servicio válido en el trámite de pensiones, incluso si se trata de pensión de sobrevivientes. Más adelante, la Sentencia T-510 de 2014 estudio el caso de un ciudadano que tenía una pérdida de la capacidad laboral del 56.75% y solicitaba a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas durante la prestación del servicio militar obligatorio. Al respecto, dicha providencia aseveró que la Corte Constitucional había establecido que “no existe una razón objetiva para excluir a las pensiones que se someten al principio de cotización efectiva del reconocimiento del tiempo prestado en el servicio militar conforme al artículo 40 de la Ley 48 de 1993.”

[40] Sentencia T-063 de 2013, la Corte concede el derecho a la pensión de vejez del señor Moisés Bernal, teniendo en cuenta el computo del tiempo en que prestó servicio militar obligatorio. Jurisprudencia reiterada en Sentencia T-547 de 2016 para reconocimiento de pensión de vejez. Mediante Sentencia T-181 de 2011 la Corte, aunque no concedió el amparo, hizo énfasis en que el servicio militar es un tiempo de servicio al Estado, si bien no lo sea al Sistema, y por dicha causa en la obligatoriedad de computar el tiempo de prestación del servicio militar para reconocimiento de la pensión de vejez.

[41] T-906 de 2013, “esta Sala de revisión resolvió una controversia suscitada entre un ciudadano contra Colpensiones y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con ocasión de la negativa de dichas entidades en reconocerle la pensión de vejez conforme al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre la base de no tener en cuenta el tiempo del servicio militar como periodo laborado computable para acceder a la referida pensión, pues no se trataba de tiempo realmente cotizado”.

[42] Sentencia T-063 de 2013 MP. Luís Guillermo Guerrero Pérez

[43] Sentencia T-909 de 2010, reiterado en Sentencia T-020 de 2018.

[44] Sentencia T-333 de 2013 en la cual se estudió el caso de un ciudadano a quien la administradora de pensiones le negó el pago de las incapacidades porque aunque existía

concepto de rehabilitación, no existía autorización de la aseguradora para el reconocimiento de incapacidades por parte del seguro provisional y solicitó declarar improcedente la acción de tutela por involucrar reclamación netamente económica. La Corte concedió el amparo de sus derechos a la dignidad humana, a la seguridad social y al mínimo vital.

[45] Sentencia T-118 de 2010. La Corte estudia el caso de un ciudadano que presentó acción de tutela, para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada de las personas con limitaciones, que, según afirma, le fueron vulnerados por Eurocasa S.A., al dar por terminado su contrato de trabajo, luego de culminar un período de 180 días de incapacidades médicas, sin tener en cuenta que ellas se extendieron con posterioridad. Por ende, solicitó el pago de dichas incapacidades a su empleador y se encontraba a la espera de la solicitud del dictamen de pérdida de capacidad laboral. En esta oportunidad se argumentó que “respecto a la pretensión del accionante de que se condene a Eurocasa S.A. al pago de las incapacidades causadas con posterioridad a la terminación del período inicial de 180 días de incapacidad, la Sala encuentra que ella no es procedente, como quiera que, conforme con lo expuesto previamente, no es el empleador el sujeto a quien le corresponde el pago de esta prestación. En efecto, tal y como se explicó previamente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, causada en enfermedades no profesionales, le corresponde al fondo de pensiones con el que el accionante esté tramitando el reconocimiento de su pensión de invalidez, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación o hasta que este se emita, o se pueda efectuar la calificación de su invalidez que le permita consolidar su prestación pensional o reincorporarse a sus labores”.

[46] Al respecto también puede consultarse la Sentencia T-199 de 2017: “teniendo en cuenta que el pago de las incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, el accionante tiene derecho al pago de las incapacidades desde el día 181 hasta el momento considerado, en esta sentencia, como la fecha de estructuración de su invalidez (30 de noviembre de 2015), pues es a partir de este momento que se debe reconocer y pagar la pensión de invalidez.”

Sentencia T-401 de 2017: “Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de

rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso”

[47] Artículo 3, Decreto 917 de 1999: “En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.”

[48] Folio 9, cuaderno primera instancia.

[49] Fecha en la que se empieza a contar los 181 días de incapacidad dada al actor por el médico tratante. Folio 9, cuaderno primera instancia.

[50] Folios 10-12 Cuaderno principal. Hecho 1.5.

[51] T-962 de 2011. Requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860/03. En el presente caso la Corte estudia la acción de tutela presentada por un ciudadano que aspira a obtener la pensión de invalidez y le es negada por parte del fondo de pensiones arguyendo que al momento de la fecha de estructuración de invalidez el accionante no se encontraba afiliado a dicho fondo y, por consiguiente, la obligación la tiene el fondo donde se encontraba afiliado a esa fecha. Para la Sala es claro que el accionante cumple con el requisito de las semanas exigidas por la Ley 860 de 2003, toda vez que durante el tiempo cotizado al Sistema de Pensiones antes de que perdiera de manera definitiva su capacidad para trabajar, el señor Andrés Carranza Ramírez aportó 1540 semanas.

[52] Sentencia T- 004 de 2014 MP. Mauricio González Cuervo.