

Sentencia T-520/15

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de los derechos constitucionales de las personas infectadas con VIH/SIDA. Debido a que esta enfermedad es catastrófica y genera un acelerado deterioro en la salud, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Estado debe brindar atención integral a los portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA. El enfermo de VIH/SIDA es merecedor de mayor atención por parte del Estado, de modo que no solo goza de iguales derechos que el resto de ciudadanos, sino que, además, las autoridades tienen el deber de brindarle protección especial, en aras de defender su dignidad y evitar que sea objeto de discriminación. Los infectados con VIH/SIDA se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, circunstancia que los hace merecedores de una protección constitucional reforzada.

ACCION DE TUTELA CONTRA EL FONDO DE PENSIONES PORVENIR-Procedencia para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de persona enferma de VIH/SIDA

Teniendo en cuenta que la finalidad de la pensión de invalidez es compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, esta Corporación ha estimado que dicha prestación, tratándose de un individuo cuyo estado de salud se encuentra alterado por VIH/SIDA, puede ser solicitada mediante tutela, toda vez que la omisión en su reconocimiento y pago, indudablemente, lesiona o amenaza gravemente la garantía fundamental a la vida digna. Por ende, se ha sostenido que, “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los peticionarios en estas condiciones que acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios.

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la

fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

Resulta imperioso colegir que la AFP, al estudiar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad progresiva o degenerativa, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones durante el lapso comprendido entre dicha fecha y el momento en que el individuo pierde su capacidad laboral de manera permanente y definitiva.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a fondo reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: expediente T-4.864.456

Demandante: AAA[1]

Demandado: Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil quince (2015)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia dictada el 21 de enero de 2015 por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual se revocó el fallo dictado el 3 de septiembre de 2014 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal, con Función de Control de Garantías de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por el señor AAA, en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número Cuatro, por medio de auto de 28 de abril de 2015, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El ciudadano AAA, quien padece el Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA, promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que a la fecha de estructuración de su estado de invalidez no se encontraba afiliado a dicha sociedad administradora, sino a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías.

La situación fáctica que fundamenta la invocación del amparo constitucional, es la que a continuación se expone:

2. Hechos

2.1. El señor AAA, de 30 años de edad, manifestó que, el 29 de octubre de 2012, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Firenze Pan y Ponqué E.U.. Con ocasión de dicha relación laboral fue afiliado a la E.P.S. Aliansalud y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A..

2.2. Debido a inconvenientes de salud, le fueron practicados exámenes, cuyos resultados, emitidos el 4 de febrero de 2014 por el Centro de Análisis Molecular, indicaron que padecía Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA, circunstancia que le ha generado múltiples incapacidades.

2.3. Como consecuencia, el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A., el 20 de noviembre de 2013, valoró la pérdida de su capacidad laboral en 59.05%, enfermedad de origen común y fecha de estructuración 16 de septiembre de 2011.

2.4. Por consiguiente, solicitó la pensión de invalidez ante el Fondo de Pensiones y

Cesantías Porvenir S.A., pedimento que le fue negado el 26 de junio de 2014, bajo el argumento de que la entidad obligada a pensionarlo era la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, toda vez que a la fecha de la estructuración de su enfermedad, se encontraba afiliado a dicho fondo.

3. Pretensiones

El demandante pretende que por medio de la acción de tutela le sean protegidas sus garantías fundamentales a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital y, en consecuencia, se ordene, a la entidad accionada que corresponda, el reconocimiento de la pensión de invalidez.

4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas relevantes que reposan en el expediente:

-Copia del contrato individual a término indefinido, suscrito entre el accionante y la empresa Firenze Pan y Ponqué E.U., con fecha de iniciación 29 de octubre de 2012, en el cargo oficios varios y con salario mínimo (folio 9 del cuaderno 2).

-Copia del resultado del examen “Virus de la Inmunodeficiencia Humana Cuantificación del RNA del VIH - 1”, emitido por una bacterióloga adscrita al Centro de Análisis Molecular, el 6 de febrero de 2014 (folios 10 y 11 del cuaderno 2).

-Copia del trámite de reclamación por invalidez, emitido por el fondo accionado (folios 12 y 13 del cuaderno 2).

-Copia del formato de la reclamación de prestaciones económicas, proferida por Porvenir S.A., el 6 de marzo de 2014, en la que consta que el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión en comento (folio 14 del cuaderno 2).

-Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez, emitido por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Origen y Pérdida de Capacidad Laboral de Seguros de Vida Alfa S.A., el 19 de noviembre de 2013, en el que consta que al demandante le fue determinada una pérdida de capacidad laboral de 59.05%, de origen, enfermedad común, y con fecha de estructuración 16 de septiembre de 2011 (folios 15 a 17

del cuaderno 2).

-Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por el actor, el 3 de julio de 2014, ante Porvenir S.A., contra la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez proferida por dicho fondo (folios 18 y 19 del cuaderno 2).

-Copia de las respuestas emitidas por el fondo demandado ante la solicitud de reconocimiento pensional, de fechas 26 de junio y 14 de julio de 2014, en las que se informa que, dado que la enfermedad del actor se estructuró el 16 de septiembre de 2011, época para la cual no se encontraba afiliado a dicha sociedad administradora, el reconocimiento de la pensión de invalidez no es de su competencia. En razón de ello, solicitó se informara cuál era la entidad en la que el accionante se encontraba afiliado para tal momento, en aras de efectuar el traslado de aportes pensionales (folio 20 del cuaderno 2).

-Copia de la relación histórica de movimientos, emitida por Porvenir S.A., el 29 de agosto de 2014, en la que consta que la empresa Firenze Pan y Ponqué E.U. realizó aportes de manera ininterrumpida al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a nombre del actor y a través del fondo demandado, desde el 14 de noviembre de 2012 hasta el 11 de febrero de 2014 (folio 58 del cuaderno 2).

5. Respuesta de las entidades accionadas

El Juzgado Cuarenta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., mediante Auto de 21 de agosto de 2014, admitió la acción de tutela y vinculó oficiosamente a la empresa Firenze Pan y Ponqué E.U. y a la E.P.S. Aliansalud, por considerar que al momento de tomar una decisión de fondo sus intereses podrían verse afectados.

5.1. Firenze Pan y Ponqué E.U.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la representante legal de la empresa Firenze Pan y Ponqué E.U. indicó que el contrato de trabajo, suscrito con el accionante el 29 de octubre de 2012, se encuentra vigente.

Sostuvo que el actor, desde el 25 de abril de 2013, dejó de asistir a laborar debido a las múltiples incapacidades que se han generado.

Expresa que la empresa es pequeña y se ha visto afectada económicamente con ocasión de la negativa del reconocimiento pensional.

Asimismo, pone de presente que a pesar de que la legislación laboral vigente establece que después de 180 días de incapacidad, el empleador puede dar por terminado el contrato laboral, su representada, por cuestiones de solidaridad, ha efectuado los pagos correspondientes a la seguridad social del empleador.

Por último, solicita a Porvenir S.A. reconocer la pensión de invalidez al demandante a partir del día 181 de incapacidad.

5.2. Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Por medio de su representante legal, mediante escrito de 28 de agosto de 2014, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. manifestó que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor, por cuanto a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, éste no se encontraba afiliado a dicha entidad, sino a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías.

En aras de sustentar lo anterior, indicó que, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 41 y 42 del Decreto 1406 de 1999, Porvenir S.A. no es la entidad competente para reconocer el derecho pensional al accionante, toda vez que la fecha de vinculación al fondo que representa fue el 1º de noviembre de 2012, en tanto que la de estructuración de la pérdida de su capacidad laboral fue el 16 de septiembre de 2011.

Por otra parte, expresa que, actualmente, la cuenta del afiliado se encuentra en cero debido a que su representada trasladó los aportes a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, entidad competente para resolver la solicitud pensional.

En consonancia con lo anterior, solicita declarar improcedente la tutela, al estimar que el demandante cuenta con un instrumento judicial ordinario para hacer valer sus pretensiones, las cuales versan sobre temas relacionados con la seguridad social. Agrega que tampoco se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable.

5.3. Aliansalud E.P.S.

El representante legal de Aliansalud E.P.S. solicitó desvincular a la entidad, por estimar que

no existe vulneración de derecho alguno por parte de su representada.

Indicó que el accionante se encuentra afiliado en calidad de cotizante activo, con fecha de ingreso 29 de octubre de 2012, antigüedad de 90 semanas y con diagnóstico de VIH/SIDA.

Afirma que mensualmente se le autoriza el paquete de VIH/SIDA en la IPS CYR, donde se le realizan las respectivas valoraciones y se le entregan los medicamentos antiretrovirales, de acuerdo con las órdenes emitidas por el médico tratante.

Por lo que concierne al reconocimiento de la pensión de invalidez, sostiene que el 26 de junio de 2013 Aliansalud E.P.S. envió a Porvenir S.A. el concepto de medicina laboral, solicitando la calificación de pérdida de capacidad laboral y/o el trámite respecto de la pensión de invalidez.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Decisión de primera instancia

El Juzgado Cuarenta y Cinco Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 3 de septiembre de 2014, concedió el amparo pretendido por el accionante y, en consecuencia, ordenó al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. iniciar el trámite correspondiente para reconocer y pagar al actor su pensión de invalidez, en un plazo máximo de quince días.

Lo anterior, por cuanto el accionante cotizó las semanas mínimas requeridas entre la fecha señalada como de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de su pérdida de capacidad laboral, contadas desde el 19 de noviembre de 2012 hasta el 19 de noviembre de 2013, para un total de 12 meses con 2 semanas, arrojando como resultado 50 semanas cotizadas, tal como lo exige la ley.

Asimismo, consideró que la presente tutela es procedente, toda vez que la falta de reconocimiento de la prestación, debido a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra el demandante, podría impactar sus condiciones de vida, pues someterlo al trámite de un proceso ordinario equivaldría a postergar irrazonablemente su incertidumbre sobre la posibilidad de acceder a unos ingresos que le permitan vivir dignamente y que

requiere con urgencia.

2. Impugnación

El representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. impugnó dicho fallo argumentando que el afiliado no causó el derecho a la pensión de invalidez, ya que la fecha de estructuración de su estado de invalidez ocurrió por fuera de la vigencia de su afiliación con la entidad administradora que representa.

A su juicio, el a quo desconoció lo consagrado en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, toda vez que, al momento de estructuración de la invalidez, 26 de septiembre de 2011, el accionante no contaba con cincuenta semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores.

Por consiguiente, afirma que el actor no reunió los requisitos legales exigidos por la norma para causar la pensión de invalidez.

Así las cosas, sostiene que el juzgador de primera instancia incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia proferida el 21 de enero de 2015, el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá D.C. acogió las razones que sustentaron la alzada y revocó el fallo de primera instancia, al considerar que el accionante no tiene derecho al reconocimiento pensional solicitado, por cuanto al momento de la estructuración de la enfermedad no se encontraba vinculado a Porvenir S.A., toda vez que la afiliación se produjo con posterioridad a que fuera diagnosticado con VIH/SIDA.

Por otra parte, indicó que el actor tiene a su alcance mecanismos ordinarios de defensa judicial, los cuales puede ejercer, con miras a hacer valer sus pretensiones.

III. Pruebas solicitadas por la Corte

Mediante Auto de 6 de julio de 2015, el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas, con el fin de verificar los supuestos de hecho que originaron la

acción de tutela de la referencia. En consecuencia, resolvió ordenar que, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, se pusiera en conocimiento de AFP Pensiones y Cesantías Horizonte S.A., el contenido de la demanda de tutela, para que en el término de tres días contados a partir de la notificación del auto se pronunciara respecto de los hechos, las pretensiones y el problema jurídico que plantea la acción y remitiera a esta Corte la historia laboral del accionante.

Frente a dicho pedimento, las entidades requeridas guardaron silencio.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo ordenado por el auto de 10 de noviembre de 2014, proferido por la Sala de Selección número once.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Carta establece que toda persona tendrá derecho a acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Precepto que es desarrollado por el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que:

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

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en

condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor AAA, a nombre propio, razón por la cual se encuentra legitimado para actuar como demandante.

2.2. Legitimación pasiva

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. es una entidad de carácter privado que cumple funciones públicas a la que se le atribuye la responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales aducida por el demandante, por tanto, de conformidad con los artículos 5º y 48 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra legitimada, como parte pasiva, en el proceso de tutela bajo estudio.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor AAA, al negarse a reconocer al accionante, quien padece VIH/SIDA, la pensión de invalidez, bajo el argumento de que para la fecha de estructuración de la enfermedad, 16 de septiembre de 2011, estaba afiliado a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, por lo que debe ser este el fondo que reconozca y pague la prestación solicitada.

Antes de abordar el caso concreto, se realizará un análisis jurisprudencial de temas como: (i) La acción de tutela como mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de personas portadoras de VIH/SIDA y (ii) el derecho a la pensión de invalidez cuando se trata de una pérdida de capacidad laboral paulatina, en razón a que es generada por enfermedades de carácter progresivo o degenerativo. Reiteración jurisprudencial.

4. La acción de tutela como mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de personas portadoras de VIH/SIDA

En múltiples ocasiones, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de los derechos

constitucionales de las personas infectadas con VIH/SIDA. Debido a que esta enfermedad es catastrófica y genera un acelerado deterioro en la salud, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Estado debe brindar atención integral a los portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA.

De conformidad con lo reiterado por esta Corporación, el enfermo de VIH/SIDA es merecedor de mayor atención por parte del Estado, de modo que no solo goza de iguales derechos que el resto de ciudadanos, sino que, además, las autoridades tienen el deber de brindarle protección especial, en aras de defender su dignidad y evitar que sea objeto de discriminación.

Asimismo, la jurisprudencia ha sido insistente en sostener que los infectados con VIH/SIDA se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, circunstancia que los hace merecedores de una protección constitucional reforzada.

Al respecto, juega un papel de enorme importancia lo señalado en Sentencia T-262 de 2005[2], referente a las nefastas consecuencias de la enfermedad en comento y a las medidas especiales que el Estado debe adoptar con miras a la protección de las garantías fundamentales de quienes la padecen.

“...la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte.

La protección especial a ese grupo poblacional está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su

condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación”.

De otra parte, cabe mencionar que, por regla general, la acción tuitiva es improcedente para garantizar el reconocimiento de derechos pensionales, dado que es viable controvertir el contenido de estos a través de la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa, según corresponda.

No obstante, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional ha advertido que la tutela es procedente cuando se ejerce como mecanismo transitorio con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial preferente no resulte eficaz para obtener el amparo del derecho frente a la exigencia de una protección inmediata en el caso concreto, es decir, de manera excepcional.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la finalidad de la pensión de invalidez es “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud”[3], esta Corporación ha estimado que dicha prestación, tratándose de un individuo cuyo estado de salud se encuentra alterado por VIH/SIDA, puede ser solicitada mediante tutela, toda vez que la omisión en su reconocimiento y pago, indudablemente, lesiona o amenaza gravemente la garantía fundamental a la vida digna. Por ende, se ha sostenido que, “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los petitionarios en estas condiciones que acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios”[4].

5. Derecho a la pensión de invalidez cuando se trata de una pérdida de capacidad laboral paulatina, en razón a que es generada por enfermedades de carácter progresivo o degenerativo. Reiteración jurisprudencial

De conformidad con la jurisprudencia sentada por esta Corte, el estado de invalidez es una situación física o mental que impide a la persona desarrollar una actividad laboral remunerada, debido a la considerable disminución de sus capacidades físicas e intelectuales, de manera tal que no le es dable suplir por sí mismo una vida digna[5].

Ahora bien, en consonancia con lo manifestado de antaño por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, una persona es declarada inválida “desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”[6]. Asimismo, dicha Corporación ha señalado que “como la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral” [7].

En igual sentido, la OIT, en su recomendación número 13 complementaria del Convenio número 128, determinó que para definir la pensión de invalidez se debía tener en cuenta “la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso aplicable”.

Por lo que concierne a la legislación nacional que regula la pensión de invalidez, es de anotar que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, establece que una persona es considerada inválida por enfermedad común cuando “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

De igual modo, el artículo 39 de la ley en comento, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, señala que tendrá derecho a la pensión de invalidez el individuo que declarado inválido por enfermedad o por accidente haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así, una persona pierde su capacidad laboral y se estructura su invalidez en la fecha a partir de la cual no cuenta de manera permanente y definitiva, con el conjunto de habilidades y/o aptitudes necesarias para realizar una actividad laboral con el objeto de

percibir una remuneración pecuniaria.

En ciertas oportunidades la fecha de estructuración de la invalidez y la ocurrencia del siniestro por enfermedad o accidente concuerdan y producen la pérdida inmediata de la capacidad laboral. Sin embargo, existen casos en los que el periodo de la estructuración no concurre simultáneamente con la fecha en que efectivamente se pierde la capacidad para trabajar. Dicha situación se evidencia, especialmente, cuando el individuo inválido padece de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en las que el menoscabo de su capacidad laboral es gradual.

Frente a ello, esta Corporación ha evidenciado que en la gran mayoría de los casos en los que se presentan situaciones de pérdida de la capacidad laboral de forma progresiva, las juntas de calificación determinan como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la contingencia, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la misma, pese a que en esa fecha no se hubiere perdido la capacidad laboral de manera definitiva y permanente.

Ante dichos eventos, la Corte ha advertido que se presenta una situación de desprotección constitucional y legal de las personas a las que se les fija como fecha de estructuración de su invalidez el momento en que apareció el primer síntoma de la enfermedad, desconociéndose que la misma presenta manifestaciones que empeoran con el transcurso del tiempo ya que, por tratarse de una enfermedad progresiva, la persona en algún momento pudo trabajar y realizar aportes al sistema, debido a que conservó sus capacidades funcionales.

De lo anterior se colige que, en tratándose de enfermedades de carácter degenerativo, no pueden las Juntas de Calificación desconocer que las circunstancias propias de dichas contingencias permiten al individuo, por algún tiempo, ejercer alguna actividad y, por ende, cotizar al sistema entre la fecha en que se fija el primer síntoma y en la que pierde por completo su capacidad para laborar.

Bajo ese supuesto, el Tribunal Constitucional ha considerado que no le es dable a las juntas establecer como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral el mismo momento en que se presenta la enfermedad si, de las cotizaciones se advierte que la persona, en una etapa de la enfermedad, fue un trabajador productivo y pudo aportar al

Sistema General de Pensiones.

Precisamente, en el sentido anotado se pronunció esta Corte en Sentencia T-699A de 2007[8], al resolver el caso de un enfermo de VIH/SIDA:

“(…) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en el que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondiente aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades física para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, sólo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión”.

A su vez, en Sentencia T-710 de 2009[9], esta Corporación sostuvo que “(…) a pesar del carácter progresivo o degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte

que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada”.

Bajo ese supuesto, la Corte, en Sentencia T-163 de 2011[10], determinó que la fecha de estructuración en los casos en que se trata de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita tiene un tratamiento jurídico diferente a la generalidad de los casos y estableció en dicha sentencia que “es viable concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva”.

Continuando con la cita de providencias relevantes para el caso que habrá de resolverse, cabe traer a colación lo dicho en Sentencia T-801 de 2011[11], mediante la cual la Corte estudió el caso de una persona que padecía de una enfermedad degenerativa a quien dos entidades administradoras, el Instituto de Seguros Sociales y Porvenir S.A., le habían negado el reconocimiento de la pensión de invalidez. La primera, argumentando que la entidad encargada de reconocer y pagar dicha prestación era aquella a la que estaba afiliado el individuo en la fecha de estructuración de la invalidez; y, la segunda, alegando que tal responsabilidad le correspondía al fondo al que se encontraba afiliado actualmente.

En dicha ocasión, el Tribunal Constitucional decidió que la AFP que debía asumir la prestación era la última a la que la persona había estado afiliada:

“5.3.1. La AFP Porvenir es la última entidad a la que el accionante efectivamente estuvo

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

5.3.2. En segundo término, la Sala advierte que el argumento esgrimido por la AFP Porvenir, según el cual, no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque en la fecha en que se estructuró la invalidez, estaba afiliado al ISS, no es de recibo. Ello, porque, con base en los precedentes de esta Corte, es viable concluir que, independientemente de que la fecha de estructuración de la invalidez sea el 1 de agosto de 1998, la calificación de la invalidez es de agosto de 2010 y el actor siguió cotizando al sistema General de Pensiones doce (12) años más, de hecho, su traslado de régimen fue posterior a esa fecha, pues se hizo el 7 de febrero de 2002. Lo anterior significa que, a pesar de que en el dictamen del 30 de diciembre de 2009 se establece que el señor Murillo perdió su capacidad laboral el 1 de agosto de 1998, fecha en que se estructuró su invalidez, en realidad el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo exige el Decreto 917 de 1999, el 30 de octubre de 2010, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que siguió laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones, durante 12 años aproximadamente”.

De lo anterior, resulta imperioso colegir que la AFP, al estudiar la solicitud de

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad progresiva o degenerativa, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones durante el lapso comprendido entre dicha fecha y el momento en que el individuo pierde su capacidad laboral de manera permanente y definitiva.

V. CASO CONCRETO

En el caso objeto de estudio, el señor AAA impetró acción de tutela contra Porvenir S.A., por estimar que dicha entidad soslayó sus derechos fundamentales a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad general, bajo el argumento de que a la fecha de estructuración del hecho generador del derecho pensional, no se encontraba afiliado a dicha sociedad administradora, sino a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías.

El actor, de 30 años de edad, portador de VIH/SIDA, fue calificado el 20 de noviembre de 2013, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 59.05%, con fecha de estructuración del 16 de septiembre de 2011.

Debido a ello, y por considerar que cumplía con el total de semanas exigidas por la ley para el efecto, solicitó ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue resuelta de manera contraria a sus intereses, bajo el argumento de que la entidad no es competente para reconocer la prestación, toda vez que, si bien el demandante se vinculó a esta el 1º de noviembre de 2012, la pérdida de la capacidad laboral se estructuró el 16 de septiembre de 2011.

El juez de primera instancia concedió el amparo al estimar que el peticionario cotizó las semanas mínimas requeridas entre la fecha señalada como de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de su pérdida de capacidad laboral.

A su vez, el ad quem revocó la anterior decisión, con fundamento en las razones esgrimidas por Porvenir S.A., según las cuales, para la fecha de estructuración de la invalidez, el afiliado no había alcanzado a cotizar el número mínimo de semanas exigidas por la ley.

En las circunstancias descritas, la presente tutela es procedente para determinar si el señor AAA tiene derecho al reconocimiento de la prestación en comento, pues, si bien cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, al ser un sujeto amparado constitucionalmente, quien padece una enfermedad terminal que no da espera a que se establezca por la vía ordinaria si, en verdad, le asiste el derecho al que aspira, el mecanismo tutelar resulta ser el medio idóneo para lograr el amparo que su situación requiere.

Abordando el problema jurídico y, en consonancia con los criterios expuestos en la parte considerativa de esta sentencia, es claro que, en el caso sub examine se deben tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha en que se estableció la estructuración de la invalidez, por cuanto esta, en razón al carácter degenerativo del Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA que padece, no corresponde al día en que el accionante realmente perdió su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, pues no hay duda en cuanto a que pudo seguir cotizando hasta febrero de 2014.

Con base en las pruebas allegadas al expediente, concretamente, la relación histórica de movimientos emitida por Porvenir S.A., se tiene que el actor cotizó de manera ininterrumpida al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a través de la sociedad administradora demandada, desde el 14 de noviembre de 2012 al 11 de febrero de 2014, es decir, 64 semanas.

Así, es claro que el demandante cumple a cabalidad los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad común, toda vez que, i) perdió más del 50% de su capacidad laboral por una causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente; ii) fue declarado inválido; iii) acredita más de cincuenta semanas cotizadas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al último aporte que registra al Sistema de Seguridad Social y; iv) la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y el origen de la contingencia fue determinado por una compañía de seguros con base en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, expedido por el Gobierno Nacional.

En relación con el argumento esgrimido por Porvenir S.A., según el cual, la entidad encargada del reconocimiento de la prestación debe ser aquella en la cual el afiliado se encontraba vinculado al momento de la fecha de estructuración de la invalidez, es importante señalar que no es de recibo, ya que dicha fecha no debe tenerse en cuenta para

determinar el momento en que perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva, en la forma en que lo establece el artículo 3º del Decreto ley 917 de 1999, pues debido a que sus capacidades funcionales se lo permitieron, el accionante continuó aportando al Sistema de Seguridad Social hasta febrero de 2014.

En este contexto, se ordenará a Porvenir S.A. reconocer y pagar al señor AAA la pensión de invalidez a que tiene derecho. Por ello, revocará la sentencia de segunda instancia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el veintiuno (21) de enero de dos mil quince (2015) por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá D.C. y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor AAA.

SEGUNDO.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia reconozca al señor AAA la pensión de invalidez, conforme con las consideraciones señaladas en esta sentencia, a partir del 11 de febrero de 2014, y pague las mesadas causadas y no prescritas desde entonces.

TERCERO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En el presente caso, y en atención a lo consagrado en el artículo 15 Superior, debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad del actor, la Sala de Revisión ha decidido no hacer mención a su identificación, como medida tendiente a garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido, se reemplazará el nombre del titular de los derechos por AAA.

[2] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[3] Sentencia T-292 de 5 de julio de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

[4] Sentencia T-452 de 9 de julio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En el mismo sentido, las Sentencias T-1064 de 2006, T-469 de 2004, SU-647 de 1997 y T-509 de 2010.

[5] Al respecto, ver la Sentencia T-262 de 29 de marzo de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[6] Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de 17 de agosto de 1954

[7] Sala de Casación Laboral, rad. 17187 de noviembre 27 de 2001, M. P. Germán Valdés Sánchez.

[8] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[9] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

[11] M.P. Íbidem.