T-561-16

Sentencia T-561/16

PENSION DE INVALIDEZ-Régimen legal aplicable

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

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

PENSION DE INVALIDEZ Y MINIMO VITAL-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: Expedientes T-5586819 y T-5592044

Acción de tutela instaurada por Fernando Alfonso Méndez Ramírez y Hernán Londoño Rincón contra el Fondo de Pensiones Porvenir y Colpensiones, respectivamente.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. Los accionantes interpusieron acción de tutela[1] por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital y al debido proceso, con ocasión de la negativa de las accionadas de reconocerles la pensión de invalidez, argumentando el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, relacionado con la cotización de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad.

B. HECHOS RELEVANTES

Expediente T-5586819

2. El ciudadano Fernando Alfonso Ramírez nació el 25 de febrero de 1963, actualmente tiene 53 años[2].

3. En los primeros meses de 2014, fue diagnosticado con virus de inmunodeficiencia humana VIH, histoplasmosis, tuberculosis y citomegalosis[3].

4. El 25 de noviembre de 2014 la ARL seguros de vida ALFA S.A. emitió un dictamen de enfermedad de origen común, determinando una pérdida de capacidad laboral del 64.1% con fecha de estructuración el 19 de marzo de 2014.

5. Según el reporte del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, el accionante cotizó de manera interrumpida desde el 05 de noviembre de 1999 hasta el 10 de noviembre de 2014, para un total de 1801 días, que corresponde a aproximadamente 257 semanas, con un ingreso base de cotización equivalente a un salario mínimo[4].

6. El 08 de enero de 2015, Porvenir S.A. le negó al señor Fernando Alonso Méndez Ramírez la pensión de invalidez solicitada; para ello, argumentó que el accionante no acreditó el requisito de tener cotizadas 50 semanas antes de la fecha de estructuración de la enfermedad, es decir, 50 semanas antes del 19 de marzo de 2014[5].

7. El 26 de noviembre de 2015, el accionante rindió declaración juramentada ante la Notaría Primera de Guadalajara de Buga, en ella, manifestó que no recibía ningún ingreso y que sus gastos mensuales eran de aproximadamente \$600.000 correspondientes al pago de arriendo, alimentación, trasportes, copagos de exámenes, citas médicas y fórmulas médicas[6].

8. Frente a lo anterior, el accionante considera que Porvenir S.A. desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual dispone que, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, deben tenerse en cuenta todas las cotizaciones realizadas por el afiliado, hasta la fecha en la cual pierda de forma permanente y definitiva su capacidad laboral.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

9. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicitó no tutelar los derechos invocados por el señor Fernando Alonso Méndez Ramírez. En primer lugar, argumentó que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para reclamar lo pretendido por vía de tutela, máxime cuando no demostró la existencia de un perjuicio irremediable. En segundo lugar, aclaró que la pensión de invalidez fue negada porque el afiliado no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, específicamente, el presupuesto de cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Según el fondo accionado, el señor Fernando Alonso Méndez Ramírez sólo cotizó 40 de las 50 semanas.

Finalmente, mencionó que el actor cuenta con la posibilidad de acceder a la devolución de saldos acorde con el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

D. SENTENCIAS DE TUTELA OBJETO DE REVISIÓN

10. Fallo de primera instancia[7]: Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Control de Garantías de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 14 de noviembre de 2015, a través de la cual el juez de primera instancia declaró improcedente el amparo. Pese a considerar improcedente la acción de tutela, se pronunció sobre el fondo el asunto, resolviendo que no le asistía el derecho pensional al accionante por no cumplir con el requisito de cotizar 50 semanas antes de la fecha de estructuración de la invalidez.

11. Impugnación[8]: El accionante impugnó el fallo reiterando que, en consideración de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, todas las semanas cotizadas a la administradora de fondos de pensiones deben ser tenidas en cuenta al momento de verificar el cumplimiento del requisito de las 50 semanas. Además, resaltó el estado de vulnerabilidad en el que se encontraba.

12. Fallo de segunda instancia[9]: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 12 de febrero de 2016, mediante la cual el juez confirmó el fallo emitido por el juzgado de primera instancia.

Consideró que la acción de tutela no cumplía con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. En cuanto al primero, señaló que la demanda fue presentada once meses después del momento en el cual le negaron el reconocimiento de la pensión. Respecto de lo segundo, dijo que si bien el accionante está diagnosticado con VIH, ello no le impide acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

E. HECHOS RELEVANTES

Expediente T-5592044

13. El ciudadano Hernán Londoño Rincón nació el 17 de julio de 1965, actualmente tiene 51 años[10].

14. El 14 de junio de 2013, el accionante fue diagnosticado con dificultad visual, en esa fecha, la Clínica Oftalmológica de Cali certificó: “baja visión en el ojo derecho desde la infancia quien hace dos años y medio presentó neuropatía óptica isquémica en ojo izquierdo con disminución severa de agudeza visual en este ojo. Actualmente presenta baja visión en ambos ojos y atrofia óptica en ojo izquierdo. No es posible ofrecer ningún tratamiento para mejorar visión”[11]. Por su parte, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el diagnóstico motivo de la calificación fue “ceguera de ambos ojos”[12].

15. El 26 de junio de 2013, Colpensiones emitió un dictamen de enfermedad de origen común, en éste fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 71.85% con fecha de estructuración el 17 de julio de 1965, es decir, la fecha de nacimiento del accionante.

16. Según el reporte expedido por Colpensiones, el accionante cotizó de manera interrumpida desde el 07 de marzo de 1988 hasta el 01 de diciembre de 2012, un total de 2919 días, aproximadamente 400 semanas[13].

17. El 29 de mayo de 2014, Colpensiones le negó al señor Hernán Londoño Rincón la pensión de invalidez, argumentando que no acreditó el requisito de tener cotizadas 50

semanas antes de la fecha de estructuración de la enfermedad, es decir, 50 semanas antes del 17 de julio de 1965, fecha de su nacimiento[14]. El accionante apeló la decisión y recibió en respuesta la confirmación de la misma fundamentada en argumentos similares[15].

18. Posteriormente, el señor Hernán Londoño Rincón solicitó corrección de la calificación de pérdida de capacidad laboral, buscando el cambio de fecha de estructuración[16]; sin embargo, el 20 de junio de 2014 obtuvo respuesta negativa a su solicitud por extemporánea[17].

19. Frente a lo anterior, el accionante considera que Colpensiones no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual dispone que, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas en caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, deben tenerse en cuenta todas las cotizaciones realizadas por el afiliado, hasta la fecha en la cual pierda de forma permanente y definitiva su capacidad laboral.

F. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

20. Colpensiones no atendió el requerimiento del juzgado de primera instancia para pronunciarse sobre la acción de tutela presentada por el señor Hernán Londoño Rincón.

G. SENTENCIAS DE TUTELA OBJETO DE REVISIÓN

21. Fallo de primera instancia[18]: Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá (Valle del Cauca), el 11 de diciembre de 2015, mediante la cual el juez de primera instancia declaró improcedente el amparo considerando que el asunto debería debatirse en el marco de un proceso laboral. El juez expuso que “según lo revisado por este despacho no tiene antecedentes jurisprudenciales constitucionales que pudieran permitir conceder esta tutela, sin que tampoco se verifique en este momento la existencia de un perjuicio irremediable en el accionante que nos permitiera desconocer el principio de subsidiariedad”.

22. Impugnación[19]: El accionante impugnó el fallo resaltando que sí existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha protegido los derechos fundamentales de personas en situaciones fácticas similares a las de él. Además, en cuanto al perjuicio irremediable, reclamó el desconocimiento de las consecuencias de su invalidez, es decir, no poder trabajar, lo que implica no contar con un salario para su manutención.

23. Fallo de segunda instancia[20]: Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 23 de febrero de 2016, en virtud de la cual el juez de segunda instancia confirmó el fallo emitido por el ad quo, exponiendo consideraciones similares frente a la subsidiariedad y al perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

24. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 30 de junio de 2016,

expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Seis de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y acumular los procesos por unidad de materia.

B. CUESTIONES PREVIAS: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

25. Legitimación por activa:

25.1. El señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez (T-5586819), presentó acción de tutela a nombre propio, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política[21].

25.2. El señor Hernán Londoño Rincón (T-5592044), presentó acción de tutela mediante apoderado judicial, adjuntando el correspondiente poder para actuar (folios 1 y 2), en cumplimiento del artículo 86 de la Carta Política[22].

Por lo tanto, los accionantes se encuentran legitimados para actuar como partes activas dentro del trámite de la tutela.

26. Legitimación por pasiva:

26.1. El señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (T-5586819), entidad privada con personería jurídica, prestadora del servicio público de seguridad social en pensiones y agente del Sistema General de Pensiones en virtud del artículo 59 de la Ley 100 de 1993.

26.2. El señor Hernán Londoño Rincón interpuso acción de tutela contra Colpensiones (T-5592044), entidad que acorde con el artículo 1º del Decreto 4121 de 2011, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, creada con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el Sistema General de Seguridad Social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Las dos entidades, por su calidad de administradoras del Sistema General de Pensiones, son demandables por vía de acción de tutela, de conformidad con los artículos 48, 86 y 365.2 de la C.P., y el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991[23].

27. Inmediatez:

La Sala Tercera de Revisión considera que, prima facie, la afectación concreta del derecho pensional de los accionantes se produjo en el momento en el cual les resolvieron la situación pensional.

En el caso del señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez, la negativa pensional se materializó el 8 de enero de 2015 y la acción de tutela fue presentada el 26 de noviembre del mismo año. En el caso del señor Hernán Londoño Rincón la negativa pensional se materializó el 05 de enero de 2015 y la acción de tutela fue interpuesta el 01 de diciembre de 2015.

En consideración a que trascurrieron más de 10 meses para interponer las acciones constitucionales, es necesario evaluar si dicho término es oportuno y razonable para iniciar la

acción constitucional. De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que cuando la acción de tutela es presentada luego de transcurrido un extenso espacio de tiempo entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción, solamente es aceptable la procedencia de la tutela bajo dos circunstancias específicas[24]:

(i) Cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del posible irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.

(ii) Cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros[25].

27.1. Así las cosas, en el caso del señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez, es relevante reiterar que lo que pretende es el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez como consecuencia de haber sido calificado con más del 60% de pérdida de capacidad laboral, por padecer de VIH, histoplasmosis, tuberculosis y citomegalosis[26]. Respecto de la situación económica del accionante, él manifestó tener una situación económica difícil, pues si bien antes de determinarse su diagnóstico contaba con un salario mensual para su manutención fruto de su trabajo, acorde con la declaración juramentada ante la Notaría Primera de Guadalajara de Buga, actualmente, el actor no recibe ningún ingreso y debe pagar arriendo, alimentación, trasportes, copagos de exámenes, pago de citas médicas y fórmulas médicas, gastos que ascienden a una suma de aproximadamente \$600.000 mensuales.

27.2. Por su parte, en el asunto del señor Hernán Londoño Rincón, la Sala hará un análisis similar al anterior puesto que la pretensión va dirigida al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de una persona calificada con más del 70% de pérdida de capacidad laboral, quien padece de problemas irreversibles de visión y que asegura estar en una situación económica difícil que le impide asegurar su mínimo vital y el de su núcleo familiar[27], ante la imposibilidad de trabajar. Sumado a esto, se trata de un asunto de reiteración jurisprudencial en lo que tiene que ver con la fecha de estructuración de la invalidez desde el nacimiento, situación que hace fácticamente imposible el acceso a la pensión de invalidez en cualquier momento, pese al tiempo cotizado por el trabajador.

28. De esta manera, si bien las conductas que causaron la posible vulneración se produjeron más de 10 meses antes de la interposición de las acciones de tutela, la Sala considera que la oportunidad y razonabilidad del término en los casos concretos es aceptable, teniendo en cuenta que:

(i) Los accionantes son personas que han sido declaradas como discapacitados por parte de las autoridades competentes, lo que de contera lo enmarca dentro del contexto de las personas sujetos de especial protección constitucional;

(iii) En consideración al porcentaje de pérdida de capacidad laboral de los accionantes, superior al 60%, como consecuencia de las enfermedades crónicas y/o

degenerativas diagnosticadas -VIH en un caso y ceguera de ambos ojos en el otro- sería desproporcionado exigirle la carga de acudir con prontitud al juez constitucional.

Por lo anterior, la Sala Tercera de Revisión, encuentra cumplido el requisito de inmediatez en los dos casos objeto de estudio.

29. Subsidiariedad:

El artículo 86 de la Constitución dispone que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Sin embargo, “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante[28].

Recientemente, en la sentencia de unificación SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del principio de subsidiariedad, en este pronunciamiento la Corte concluyó que este requisito hace referencia a dos reglas: (i) regla de exclusión de procedencia y (ii) regla de procedencia transitoria.

Así, por regla general, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez es necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional[29].

29.1. En las providencias objeto de revisión, los jueces consideraron que la acción de tutela no era procedente por ausencia del presupuesto de subsidiariedad. Según dichas sentencias, los accionantes contaban con otro mecanismo eficaz de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, pues los demandantes no lograron demostrar de qué manera su pérdida de capacidad laboral afectaba su mínimo vital.

29.2. Para la Sala, dicho argumento no es constitucionalmente admisible, pues desconoce que en estos asuntos, al realizarse el análisis de procedencia relacionado con el requisito de subsidiariedad, los jueces constitucionales deben tener en consideración la especial protección constitucional de la que gozan los accionantes al encontrarse en

circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 C.P.) luego de ser calificados con una pérdida de capacidad laboral, en un caso superior al 60% y en el otro al 70%. Por ello, reprocha la Sala que los jueces de instancia hayan considerado que no se afectaba el mínimo vital de dos personas que, dependiendo únicamente de sus ingresos laborales, no pueden seguir trabajando como consecuencia de una invalidez definitiva y permanente.

29.3. Adicionalmente, en reiteradas oportunidades[30], la Corte Constitucional ha establecido que el proceso ordinario laboral no es un mecanismo eficaz para resolver controversias de personas que padecen alguna enfermedad crónica, degenerativa o congénita, calificadas con pérdida de capacidad para laborar de más del 50% y con evidente afectación de su mínimo vital. En los asuntos bajo estudio, los accionantes han sido calificados con más del 60% de pérdida de capacidad laboral, como consecuencia de una serie de enfermedades, algunas de ellas crónicas y/o degenerativas, a saber: en el caso del señor Fernando Alonso Méndez Ramírez VIH, histoplasmosis, tuberculosis y citomegalosis[31]; por su parte, el señor Hernán Londoño Rincón fue diagnosticado con ceguera de ambos ojos[32].

En este punto es pertinente señalar que a juicio de esta Corporación “los portadores o portadoras del VIH son sujetos de especial protección constitucional por cuanto su padecimiento causa deterioro progresivo del estado de salud de quien lo soporta. En consecuencia, hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentra. Por ende, es deber del Estado adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados”[33]. Argumento agregado para justificar la procedencia de la acción de tutela, pues ante la gravedad de la enfermedad y el deterioro progresivo en la salud del actor, obligarlo a acudir a un proceso laboral, implicaría una carga desproporcionada[34].

29.4. Adicionalmente, los accionantes afirman[35] no contar con un ingreso económico mensual para su sostenimiento como consecuencia de su pérdida de capacidad física para laborar, lo cual genera inevitablemente afectación a su mínimo vital en modo tal que puede causar un perjuicio irremediable. Circunstancia que no fue desvirtuada por las accionadas, de hecho, Colpensiones pese a ser notificada de la acción de tutela optó por no responder a la demanda.

Por todo lo anterior, la Sala considera procedente las acciones de tutela puestas a su consideración.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I anterior de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si:

30. ¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones y al mínimo vital de los accionantes, quienes padecen de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, al negarles el reconocimiento y pago de la pensión de

invalidez solicitada, argumentando que no acreditaron el mínimo de semanas de cotización exigidas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, sin consideración de la capacidad laboral residual de los calificados?

31. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado por la Sala, en primer lugar, la Sala hará un recuento de la normatividad que regula el reconocimiento de la pensión de invalidez. En segundo lugar, reiterará las reglas jurisprudenciales establecidas en por la Corte Constitucional a efectos de garantizar el acceso de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas a la pensión de invalidez. Finalmente, abordará el caso concreto.

D. LA PENSIÓN DE INVALIDEZ, LA NORMATIVIDAD APLICABLE Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. REITERACIÓN SENTENCIA T-308 DE 2016

32. La pensión de invalidez está regulada en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Según la norma, para su reconocimiento se requiere que el solicitante acredite: (i) una pérdida de la capacidad laboral del 50% o más y (ii) 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez[36].

Respecto de la fecha de estructuración de la invalidez, el artículo 3º del Decreto 917 de 1999[37] establece que debe corresponder al momento de la pérdida de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva[38].

33. Entonces, en condiciones normales, resulta sencillo avalar el cumplimiento de los requisitos para pensionarse por invalidez, sólo basta, mediante un ejercicio de subsunción, verificar si en la calificación realizada por la autoridad competente, el porcentaje de invalidez es igual o superior al 50% y que el solicitante haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores de la fecha de estructuración -fecha establecida por la misma autoridad-, entendiendo que después de la fecha de estructuración sería imposible exigir cotizaciones puesto que el afiliado ha perdido su capacidad para laborar.

34.1. De esta manera, la Corte ha entendido que en los asuntos donde se reclama el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez como consecuencia de una enfermedad crónica, congénita y/o degenerativa, la entidad encargada de dicho reconocimiento debe tener en cuenta que, en estos casos, la pérdida de capacidad laboral es paulatina y progresiva. Entonces, si bien al momento de determinarse la fecha de estructuración de la invalidez, es común que la entidad encargada se base en la fecha en la que se presentó el primer síntoma de la enfermedad, o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de la enfermedad; lo cierto es que, en ocasiones, esas calificaciones no corresponden de manera cierta al momento en el que la persona pierde la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, tal y como lo exige la normatividad que regula la pensión de invalidez. En consecuencia, la Corte ha considerado que en estos asuntos, se genera una desprotección constitucional y legal de las personas en situación de invalidez[40].

Así, teniendo en cuenta que la enfermedad tiene efectos paulatinos y progresivos, la

persona puede seguir con su actividad laboral con relativa normalidad, hasta que por su situación de salud le resulta imposible seguir laborando y, en consecuencia, continuar cotizando al sistema de seguridad social, y es desde ese momento que se estructura de manera definitiva la incapacidad para continuar laborando que se deben contabilizar las 50 semanas requeridas por la legislación actual.

34.2. Sumado a lo anterior, este tribunal ha considerado que determinar como fecha de estructuración de la invalidez la fecha de nacimiento o una cercana a ésta, genera una imposibilidad fáctica para que estas personas accedan a la pensión de invalidez, en el entendido que, en ciertos casos, es imposible cotizar antes de nacer o en una fecha cerca al nacimiento, lo cual desconoce varios principios guías del Sistema Integral de la Seguridad Social, a saber: (i) el principio de universalidad[41]; (ii) el principio de solidaridad[42]; (iii) el principio de integralidad[43]; (iv) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe de aquellos afiliados que padecen de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, y que han seguido trabajando y cotizando con la expectativa de quedar protegidos ante un mayor riesgo de invalidez o muerte[44]. Casos que deben ser verificados debidamente en aras de reservar la sostenibilidad del Sistema de Seguridad social

Por lo anterior, reiteradamente la Corte Constitucional ha considerado que aplicar la interpretación legal a estos asuntos, “restaría valor a los mandatos constitucionales de prohibición de discriminación, a la protección especial de las personas [en condición de discapacidad], así como al principio de igualdad”, entendiéndose que en vigencia de la legislación actual no existe la posibilidad de que personas a quienes se les estructure su fecha de invalidez desde el nacimiento logren pensionarse en virtud de su calificación de pérdida de capacidad laboral. Al respecto, esta corporación ha sido enfática en señalar que:

“aceptar la interpretación formulada por la accionada, significaría admitir que las personas [en condición de discapacidad desde su nacimiento], por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud les haga imposible seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas”[45].

35. La Corte ha conocido de estos asuntos por dos vías: (i) cuando se demanda a la entidad encargada de calificar la pérdida de capacidad laboral por considerar que la fecha de estructuración de la invalidez fue establecida sin tener en cuenta la capacidad laboral residual de las personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas; y (ii) cuando se demanda a la administradora de fondos de pensiones, la cual, en virtud de dicha fecha de estructuración, niega el reconocimiento de la pensión por incumplimiento de cotización de las 50 semanas requeridas.

35.1. En el primer supuesto[46], la jurisprudencia de la Corte Constitucional[47] ha considerado que se vulnera el derecho a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso de las personas que se encuentran en situación de invalidez cuando, tratándose de enfermedades catalogadas como degenerativas, congénitas o crónicas, las juntas de

calificación competentes no examinan con especial cuidado el momento exacto en que se genera la incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado[48], imponiendo como fecha de estructuración el día del nacimiento, una fecha cercana a éste, la fecha en la que se presentó el primer síntoma de la enfermedad o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de la enfermedad. A juicio de la Corte:

“El problema iusfundamental relevante surge cuando el dictamen técnico elaborado por la entidad competente, no corresponde a la situación médica real de la persona. Esta situación se presenta cuando la tarea de experticia técnica que corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez o a las demás entidades que señala la ley, establecen una fecha de estructuración en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional y por tanto sigue aportando al sistema. Tal evento cobija a las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas”[49].

35.2. Al margen de lo anterior, sucede con frecuencia que, una vez calificadas con un 50% o más de pérdida de capacidad laboral y con fecha de estructuración de invalidez desde su nacimiento, en una fecha cercana a éste o en la que se presentó el primer síntoma o diagnóstico de la enfermedad, los interesados no inician acciones judiciales contra la decisión de la entidad encargada de calificar la pérdida de capacidad laboral, sino que se dirigen a la administradora de fondos de pensiones solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual consideran tienen derecho[50].

En estos eventos, se configura el segundo supuesto. Sobre éste, la Corte ha considerado que no es racional ni razonable[51] que el fondo de pensiones niegue el derecho pensional a una persona que padece una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, en los casos en los cuales la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral corresponde al día de nacimiento, a una fecha cercana a éste, al día en el que se presentó el primer síntoma de la enfermedad, o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de ésta, desconociendo todas las semanas que la persona cotizó cuando empezó su vida profesional y en uso de la capacidad laboral con la cual contó a pesar de su diagnóstico.

a. Cuando la solicitud pensional proviene de personas calificadas con un porcentaje mayor o igual al 50%, diagnosticadas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas[53], la administradora de fondos de pensiones no puede limitar su decisión al cómputo mecánico de 50 semanas cotizadas tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. De esta manera, pese a contar con una calificación emitida por la junta correspondiente, en la cual se establece una fecha de estructuración determinada, la administradora de fondos de pensiones debe tener especial consideración al momento de evaluar las solicitudes de personas diagnosticadas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, teniendo en cuenta que sus efectos se manifiestan de manera más grave con el tiempo, de tal forma que la fuerza de trabajo va menguándose de manera paulatina, lo que conlleva, en ocasiones, a que la fecha de estructuración determinada por la junta de calificación de invalidez no coincida con el momento exacto en que el afiliado perdió de manera definitiva y permanente su capacidad para laborar.

b. En estos casos, la administradora de fondos de pensiones debe verificar que las cotizaciones provengan de la capacidad residual del solicitante para ejercer una

actividad que le permitiera garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a su diagnóstico[54]. Este requisito se exige con el fin de descartar una posible defraudación al sistema de seguridad social en pensiones[55]. En estos términos, la administradora de fondos de pensiones debe analizar si los aportes se realizaron con el único fin de acumular apenas las semanas legalmente requeridas para obtener el reconocimiento prestacional -50- o si dichas cotizaciones fueron en virtud de la capacidad laboral residual.

c. Una vez la administradora de fondos de pensiones verifica que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa y que la fecha de estructuración no coincide con la realidad fáctica del momento en el cual el peticionario perdió de manera permanente y definitiva su capacidad laboral, se debe establecer el verdadero momento de la estructuración, con el fin de contar las 50 semanas requeridas por ley. Al respecto, por regla general, la Corte ha considerado que ni el juez constitucional ni la administradora de fondos de pensiones podrían alterar, basados en razones técnicas, la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes; por lo tanto, para determinar el momento de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de manera permanente y definitiva, las Salas de Revisión han tenido en cuenta las siguientes fechas: la de la calificación de invalidez[56], la de la última cotización efectuada[57] o la de la solicitud del reconocimiento pensional[58], para a partir de allí, contabilizar si cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a dicha fecha. Así las cosas, en algunas oportunidades, la Corte ha aplicado una especie de excepción de inconstitucionalidad a la regla legal que fija como referente la fecha de estructuración[59]; en otras ocasiones, se ha determinado la configuración de un defecto en la calificación de invalidez.

E. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Expediente T-5586819

37. Recuerda la Sala que Porvenir S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez considerando que no cumplía con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, relacionado con la cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Teniendo en cuenta la situación fáctica planteada y las consideraciones expuestas, la Sala Tercera de Revisión aplicará las reglas jurisprudenciales sintetizadas en el numeral 36 de esta providencia, para determinar si le asiste o no el derecho pensional al señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez.

a. La solicitud proviene de una persona calificada con más del 50% de la pérdida de capacidad laboral, diagnosticada con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas.

Está probado en el proceso que el peticionario es una persona de 53 años, calificado con una pérdida de capacidad laboral del 64.1%, quien padece de una serie de enfermedades crónicas y/o degenerativas, a saber: virus de inmunodeficiencia humana -VIH-, histoplasmosis, tuberculosis y citomegalosis[60].

Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que el VIH - SIDA, por generar la pérdida de capacidad laboral de manera paulatina, es considerada una enfermedad crónica y/o degenerativa[61]. En estos términos, ha aplicado las reglas jurisprudenciales mencionadas en las consideraciones expuestas.

En tal virtud, encuentra la Sala cumplido este requisito.

b. Las cotizaciones realizadas por el señor Fernando Alonso Méndez Ramírez fueron consecuencia de su capacidad laboral residual para ejercer actividades que le permitían garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas.

Según la relación de aportes que reposa en el expediente de tutela, el señor Fernando Alonso Méndez Ramírez, estuvo afiliado con el fondo de pensiones Porvenir S.A. desde el 05 de noviembre de 1999 hasta el mes de noviembre de 2014, por periodos interrumpidos, con un ingreso base de cotización correspondiente al salario mínimo. En total tiene cotizados 1801 días, lo que equivale a aproximadamente 257 semanas[62]. Del reporte también se concluye que dichas cotizaciones son producto del trabajo efectuado con diferentes empresas y cooperativas, como obrero de construcción[63]; tan es así que el último año de cotizaciones, esto es del 07 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2014, fue consecuencia de su relación laboral con la empresa CONSTRUTECNICA S.A.

Ahora bien, la fecha de estructuración de la invalidez fue fijada para el día 19 de marzo de 2014, día en el cual le fue confirmado el diagnóstico de VIH al accionante, a partir de allí, Porvenir S.A. contabilizó 40 semanas cotizadas en los últimos tres años, negando el reconocimiento de la pensión por esta razón.

Sin embargo, desconoció que por tratarse de una enfermedad de evolución paulatina permitía al accionante contar con capacidad residual para trabajar, probada con las cotizaciones que, a través de su empleador, la empresa CONSTRUTECNICA S.A.[64], continuó haciendo hasta el 30 de noviembre de 2014, fecha a partir de la cual, acorde con las reglas dispuestas en esta providencia, deberían contabilizarse las 50 semanas de cotización exigidas en la ley, por ser la fecha cierta en la cual el accionante perdió de manera definitiva y permanente su capacidad laboral.

Así las cosas, a juicio de la Sala, los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones no se realizaron con el único fin de acumular apenas las semanas legalmente requeridas para obtener el reconocimiento prestacional, teniendo en cuenta que antes de la fecha de calificación de la enfermedad -19 de marzo de 2014- el afiliado contaba con aproximadamente 230 semanas cotizadas de manera interrumpida, fruto de su trabajo como constructor de obra. Respecto de las semanas posteriores a la fecha de estructuración, la Sala encuentra que éstas también fueron consecuencia de la relación laboral que tenía con su empleador, la empresa CONSTRUTECNICA S.A.

c. Porvenir S.A. debió contabilizar las 50 semanas legalmente exigidas teniendo en cuenta la fecha en que el accionante hizo la última cotización al Sistema General de Pensiones.

En aplicación de las consideraciones expuestas en el literal D, la Sala reitera que si bien la

entidad encargada de la calificación de invalidez tiene la facultad, acorde con lo dispuesto en la normatividad vigente, de determinar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral; en los asuntos de enfermedades crónicas y degenerativas como lo es el diagnóstico de VIH, la administradora de fondos de pensiones debe tener en consideración que dichos padecimientos, por ser de evolución paulatina, no impiden que el paciente continúe cotizando al Sistema de Seguridad Social en pensiones. De esta forma, sólo hasta el momento en el cual la salud del portador de VIH le permita continuar cotizando, se debe entender que éste perdió de manera permanente y definitiva su capacidad laboral para trabajar.

Acorde con lo expuesto, la Sala tendrá en cuenta la fecha de la última cotización al fondo de pensiones Porvenir S.A. (noviembre de 2014), como punto de referencia para contabilizar las 50 semanas que exige la legislación actual como requisito para acceder a la pensión de invalidez. De esta manera, conforme con la historia laboral consolidada que reposa en el expediente, dentro de los tres años anteriores al mes de noviembre de 2014, el accionante cotizó 57 semanas aproximadamente, cumpliendo así con el requisito legal exigido.

Expediente T-5592044

38. En este asunto, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el señor Hernán Londoño Rincón considerando que no cumplía con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, relacionado con la cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, fecha que corresponde al día de nacimiento del accionante.

Teniendo en cuenta la situación fáctica planteada y las consideraciones expuestas, la Sala Tercera de Revisión aplicará las reglas jurisprudenciales sintetizadas en el numeral 36. de esta providencia, para determinar si le asiste o no el derecho pensional al señor Hernán Londoño Rincón.

a. La solicitud proviene de una persona calificada con más del 50% de la pérdida de capacidad laboral, diagnosticada con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas.

39. Está probado en el proceso que el peticionario es una persona de 51 años calificado con un 71,85% de pérdida de capacidad laboral, con ocasión de un diagnóstico determinado por la Clínica Oftalmológica de Cali en el año 2013, que consiste en “baja visión en el ojo derecho desde la infancia quien hace dos años y medio presentó neuropatía óptica isquémica en ojo izquierdo con disminución severa de agudeza visual en este ojo. Actualmente presenta baja visión en ambos ojos y atrofia óptica en ojo izquierdo. No es posible ofrecer ningún tratamiento para mejorar visión”[65]. Por su parte, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el diagnóstico motivo de calificación fue “ceguera de ambos ojos”[66].

De lo anterior, la Sala concluye que los padecimientos del accionante han sido progresivos, al tratarse de una enfermedad degenerativa. Si bien desde la infancia presentó baja visión en el ojo derecho, ello no le impidió laborar, de hecho, sólo hasta el año 2013 su diagnóstico

evolució, a tal punto, que en su ojo izquierdo le fue diagnosticado atrofia óptica[67] y más aún, al momento de la calificación, su diagnóstico fue “ceguera de ambos ojos” [68].

En tal virtud, encuentra la Sala cumplido este requisito.

b. Las cotizaciones realizadas por el señor Hernán Londoño Rincón fueron consecuencia de su capacidad laboral residual para ejercer actividades que le permitían garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas.

Pese al temprano padecimiento visual del señor Hernán Londoño Rincón, él empezó a trabajar en el año 1988, cuando tenía 23 años. A partir de la fecha, ejerció los siguientes trabajos[69]: (i) en el año 1988 se desempeñó como auxiliar de producción en la empresa LEVAPAN S.A.; (ii) de 1989 a agosto de 1991 laboró en el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA como auxiliar de servicios varios y como conductor; (iii) posteriormente, trabajó como supervisor de patrulla con la empresa Seguridad Omega, para lo cual requería desplazamiento en moto; (iv) en 1992 fue contratado como conductor por la empresa Helados la Fuente S.A; (v) luego, laboró como vigilante en un centro comercial de la ciudad de Cali, contratado por la empresa Internacional de Seguridad Valle Ltda.; (vi) también fue vigilante de carro de valores con la empresa Seres Ltda.; (vii) en 1995 trabajó con la empresa Proesvi Ltda. en el cargo de supervisor de puestos conduciendo por toda la ciudad de Cali; y (viii) a partir de 1995 hasta 2012 cotizó de manera independiente como conductor de taxi, con algunas interrupciones en las cotizaciones, hasta que sus capacidades físicas le permitieron laborar[70].

Para la Sala, es evidente que los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones no se realizaron con el único fin de acumular apenas las semanas legalmente requeridas para obtener el reconocimiento prestacional, teniendo en cuenta que fueron más de 400 semanas cotizadas[71]. Adicionalmente, acorde con los cargos ejercidos por el accionante, considera la Sala que dichas cotizaciones fueron realizadas en virtud de su capacidad laboral residual. En consecuencia, se cumple con este presupuesto.

c. Porvenir S.A. debió contabilizar las 50 semanas legalmente exigidas teniendo en cuenta la fecha en que el accionante hizo la última cotización al Sistema General de Pensiones.

Se reitera que no es razonable fijar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, de una persona que sufre una enfermedad progresiva, el día de nacimiento o en una fecha cercana, en la cual, la persona fácticamente no podía cotizar, desconociendo con ello todas las semanas que cotizó cuando empezó su vida laboral y en uso de la capacidad laboral residual con la cual contó pese a sus diagnósticos.

Acorde con lo expuesto, la Sala tendrá en cuenta la fecha de la última cotización a Colpensiones (31 de diciembre de 2013), como punto de referencia para contabilizar las 50 semanas que exige la legislación actual como requisito para acceder a la pensión de invalidez. De esta manera, conforme con la historia laboral consolidada que reposa en el expediente[72], dentro de los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2013, el accionante cotizó 54 semanas aproximadamente, cumpliendo con la exigencia legal.

III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

40. En los casos objeto de revisión, los accionantes solicitaron al juez constitucional ordenar a las administradoras de fondos de pensiones accionados, reconocer y pagar la pensión de invalidez a la cual consideran tienen derecho por cumplimiento de los requisitos legales a la luz de la jurisprudencia constitucional.

41. Así las cosas, la Sala Tercera de Revisión planteó el siguiente problema jurídico: ¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones y al mínimo vital de los accionantes, quienes padecen de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, al negarles el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada, argumentando que no acreditaron el mínimo de semanas de cotización exigidas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, sin consideración de la capacidad laboral residual de los calificados?

Acorde con la jurisprudencia constitucional, la Corte concluyó que, (a) frente a una solicitud pensional de invalidez presentada por personas diagnosticadas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas y calificadas con el 50% o más de pérdida de capacidad laboral, (b) los fondos de pensiones deben verificar si, pese a dicha calificación, la persona mantuvo una capacidad residual que le permitió cotizar al sistema de seguridad social en pensiones; de ser así, todas las semanas cotizadas deben ser tenidas en cuenta para reconocer la prestación; y, en consecuencia, (c) la fecha de estructuración de la invalidez que reemplaza a la definida por la junta de calificación será aquella que coincida con la última cotización al sistema del peticionario, porque se presume que fue allí cuando su padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico; sin perjuicio de lo anterior, la fecha de estructuración de la invalidez también podría ser la misma en la cual se calificó la invalidez o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, dependiendo del caso concreto.

42. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

a. Que tanto el señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez como el señor Hernán Londoño Rincón, fueron calificados con más del 50% de pérdida de capacidad laboral, como consecuencia de sus diagnósticos de enfermedades de evolución paulatina y progresiva. En el caso del señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez, sus diagnósticos de virus de inmunodeficiencia humana VIH, histoplasmosis, tuberculosis y citomegalosis son considerados enfermedades crónicas y degenerativas. Por su parte, la dificultad visual del señor Londoño, es considerada como enfermedad degenerativa y/o congénita, que en el caso del accionante ha tenido diferentes estadios, tan es así que durante muchos años trabajó como conductor.

b. Las cotizaciones realizadas por los señores Fernando Alfonso Méndez Ramírez y Hernán Londoño Rincón, fueron consecuencia de su capacidad laboral residual. En el caso del señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez, la Sala evidenció que dichas cotizaciones se realizaron como consecuencia de la relación laboral del accionante con el mismo empleador que tenía antes de estructurarse su pérdida de capacidad laboral. Respecto del señor Hernán Londoño Rincón se demostró que las cotizaciones fueron consecuencia de su trabajo

tanto con empresas privadas como en su faceta de trabajador independiente en el oficio de conductor de taxi.

c. Para los asuntos objeto de análisis, la Sala tuvo en cuenta la fecha de la última cotización al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con el fin de contabilizar las 50 semanas requeridas por la ley, encontrando cumplido el presupuesto legal. En el primero de los casos se contaron 57 semanas; en el otro asunto, 54 semanas.

En consecuencia, la Corte accederá a las pretensiones de los accionantes, ordenando a los fondos de pensiones demandados reconocer y pagar la pensión de invalidez a favor de los señores Fernando Alfonso Méndez Ramírez y Hernán Londoño Rincón, a partir de la fecha en que realizaron la última cotización al sistema; y, por consiguiente, la Sala revocará los fallos de tutela objeto de revisión en cada uno de los asuntos analizados.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 12 de febrero de 2016, que confirmó la decisión emitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Control de Garantías de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 14 de noviembre de 2015, que declaró improcedente el amparo. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de diez (10) días calendario, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor Fernando Alfonso Méndez Ramírez la pensión de invalidez a partir de la fecha en que realizó la última cotización al sistema, que corresponde al mes de noviembre de 2014.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 23 de febrero de 2016, que confirmó la decisión emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá (Valle del Cauca), el 11 de diciembre de 2015, que declaró improcedente el amparo. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Hernán Londoño Rincón.

Cuarto.- ORDENAR a Colpensiones que en el término de diez (10) días calendario, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor Hernán Londoño Rincón la pensión de invalidez a partir de la fecha en que realizó la última cotización al

sistema, que corresponde al mes de diciembre de 2013.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-561/16

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE PENSION DE INVALIDEZ-Fondo privado tiene legitimación por pasiva en razón a que es un particular que presta un servicio público y no únicamente por la naturaleza jurídica privada que ostenta (Aclaración de voto)

Referencia: Expedientes T-5586819 y T-5592044 (acumulados)

Acciones de tutela presentadas por Fernando Alonso Méndez Ramírez y Hernán Londoño Rincón contra AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

Asunto: Determinación de la fecha de estructuración para reconocimiento de pensión de invalidez.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a aclarar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Cuarta de Decisión de Tutelas, en sesión del 18 de octubre de 2016.

Estoy de acuerdo con la decisión de la Sala en la medida en que se demostró la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, en razón a que (i) fueron calificados con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% debido a que fueron diagnosticados con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas; (ii) las cotizaciones realizadas por ellos se hicieron en virtud de su capacidad laboral residual, y (iii) en ambos casos se cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas contadas a partir de la fecha en que realizaron la última cotización al sistema, pues se tuvo en cuenta como fecha de estructuración de las enfermedades que padecen los demandantes, la última fecha de cotización al sistema general de pensiones.

Sin embargo, respecto de la procedencia de la acción de tutela contra particulares, en la ponencia se afirma que Porvenir S.A. tiene legitimación pasiva para actuar debido a que es una entidad privada con personería jurídica, prestadora del servicio público de seguridad social en pensiones y agente del sistema general de pensiones en virtud del artículo 59 de la Ley 100 de 1993. Más adelante, en el proyecto se afirma que esta entidad es demandable por vía de tutela en virtud del artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

Adicionalmente, en la ponencia se citan algunos precedentes en los que Porvenir S.A. ha fungido como parte pasiva (i.e. sentencias T-037, T-308 y T-413 de 2016[73]). Al revisar el análisis de procedencia de la acción de tutela en esas sentencias, se advierte que el fundamento de la legitimación pasiva varía pues en un caso es el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, en otro el artículo 42 y en otro ambas normas.

En esa medida, considero que esa fluctuación en cuanto al fundamento de la legitimación pasiva es anti técnico y puede inducir a confusiones. Por ello, considero necesario precisar que de acuerdo al Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, la legitimación por pasiva de una entidad privada con personería jurídica, prestadora del servicio público de seguridad social en pensiones y agente del sistema general de pensiones se deriva no solamente de su calidad de particular, sino que además, en virtud del numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[74], surge de su carácter de prestador de un servicio público. En efecto, la eficacia horizontal del derecho fundamental solo es oponible a particulares respecto de los cuales el ciudadano se encuentra en situación de desventaja, pues la igualdad propia de la autonomía de la voluntad privada, se desfigura cuando la relación pasa de ser horizontal para convertirse en vertical.

En este orden de ideas, si bien estoy de acuerdo con la decisión de conceder el amparo, con fundamento tanto en el artículo 5° como en el 42 del Decreto 2591 de 1991, considero que Porvenir S.A. tiene legitimación por pasiva en este caso en razón a que es un particular que presta un servicio público y no únicamente por la naturaleza jurídica privada que ostenta.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] La acción de tutela presentada por el señor Fernando Alonso Méndez Ramírez, radicada bajo el número T-5586819, fue presentada el 26 de noviembre de 2015 según consta en el folio 23 del cuaderno de instancias. Por su parte, la acción de tutela presentada por el señor Hernán Londoño Rincón, radicada bajo el número T-5592044, fue presentada el 30 de noviembre de 2015 según consta en el folio 57 del cuaderno de primera instancia.

[2] En el folio 21 del cuaderno de instancias reposa fotocopia de la cédula de ciudadanía.

[3] En los folios 14, 15 y 16 del cuaderno de instancias reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, en el folio 18 del cuaderno de instancias se encuentra el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual reitera dichos diagnósticos.

[4] En los folios 10 al 13 reposa copia de la relación de aportes realizada por Porvenir S.A.

[5] Ver folio 20 del cuaderno de instancias.

[6] Ver folio 22 del cuaderno de instancias.

[7] La sentencia reposa en los folios 69 al 74 del cuaderno de instancias.

[8] Ver folios 81 al 91 del cuaderno de instancias.

[9] La providencia reposa en los folios 113 al 126 del cuaderno de instancias.

[10] En el folio 23 del cuaderno de primera instancia reposa fotocopia de la cédula de ciudadanía.

[11] En los folios 24 al 30 del cuaderno de primera instancia reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposa en el folio 8 del cuaderno de primera instancia, el motivo de la calificación fue “ceguera de ambos ojos”.

[12] Según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposa en el folio 8 del cuaderno de primera instancia.

[13] En los folios 15 y 16 reposa copia de la relación de aportes realizada por Colpensiones.

[14] En los folios 11 y 12 del cuaderno de primera instancia reposa resolución GNR 193323 del 29 de mayo de 2014, mediante la cual se resolvió la solicitud pensional del accionante.

[15] En los folios 15 y 16 del cuaderno de primera instancia reposa resolución GNR 309234 del 04 de septiembre de 2014, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación.

[16] Ver folio 20 del cuaderno de primera instancia.

[17] En el folio 21 del cuaderno de primera instancia reposa respuesta sobre inconformidad del dictamen.

[18] La sentencia reposa en los folios 64 al 69 del cuaderno de primera instancia.

[19] Ver folios 71 al 76 del cuaderno de primera instancia.

[21] Este artículo establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interpon

er acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre, es claro que la presente acción es procedente respecto de la legitimación por activa.

[22] Ibídem.

[23] Ver sentencias T-037/16, T-308/16 y T-413/16.

[24] Ver sentencia de unificación SU-339/11, T-463/12 y T-060/16, entre otras.

[25] En la sentencia T-296/06 la Corte Constitucional consideró que “En efecto, a pesar que la extinción de la pensión de sobrevivientes operó desde 1963, la ausencia actual de recursos económicos constituye una vulneración vigente del derecho al mínimo vital de la actora. Del mismo modo, las particulares características de la situación que padece la peticionaria hacen que resulte irrazonable exigirle que se someta a los rigores propios de un procedimiento judicial ordinario para obtener el reconocimiento y pago de la prestación a la que cree tener derecho”.

[26] En los folios 14, 15 y 16 del cuaderno de instancias reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, en el folio 18 del cuaderno de instancias se encuentra el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual reitera dichos diagnósticos.

[27] No menciona como está conformado el núcleo familiar.

[28] En la sentencia T-414/92 esta Corporación aclaró “que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela (...)”, de lo contrario “se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente”. Así las cosas, concluyó este Tribunal “que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”. De esta manera, la idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado

previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial. Ver también la Sentencia T-580/06.

[29] Ver sentencia T-308/16.

[30] Ver sentencias T-163/11, T-427/12, T-789/14, T-408/15, T-512/15, T-717/15, T-153/16 y T-308/16, entre muchas otras.

[31] En los folios 14, 15 y 16 del cuaderno de instancias reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, en el folio 18 del cuaderno de instancias se encuentra el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual reitera dichos diagnósticos.

[32] En los folios 24 al 30 del cuaderno de primera instancia reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposa en el folio 8 del cuaderno de primera instancia, el motivo de la calificación fue “ceguera de ambos ojos”.

[33] Sentencia T-323/11, reiterada en la T-348/15.

[34] Ver sentencia T-520/15.

[35] En el folio 22 del cuaderno de instancias (T-5586819) reposa de declaración juramentada ante la Notaría Primera de Guadalajara de Buga, en la cual el accionante manifestó que no recibía ningún ingreso y que sus gastos mensuales eran de aproximadamente \$600.000 correspondientes al pago de arriendo, alimentación, trasportes, copagos de exámenes, citas médicas y fórmulas médicas. Por su parte, en los folios 71 al 76 del cuaderno de primera instancia (T-5592044) reposa la impugnación presentada por el accionante en la cual manifiesta que al no poder trabajar, implica no contar con un salario para sobrevivir.

[36] Condición declara exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009.

[37] Si bien el artículo 6º del Decreto 1507 de 2014 derogó el Decreto 917 de 1999, la Sala tendrá en cuenta lo establecido en el Decreto 917 de 1999 por ser el que regía a la fecha de emitidos los dictámenes analizados en este fallo. La norma establece: “Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.”

[38] El concepto de pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva corresponde con lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha entendido que una persona es inválida “... desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia.” Pronunciamento citado en la sentencia T-561/10 “Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Código Sustantivo del Trabajo, Jorge Ortega

Torres, editorial Temis, 1956”.

[39] Ver sentencias T-163/11, T-427/12, T-789/14, T-408/15, T-512/15, T-717/15, T-153/16, entre muchas otras.

[40] Ver sentencia T-043/14.

[41] El cual busca garantizar el acceso al derecho a la seguridad social de quienes sufren alguna limitación física.

[42] Que ordena atender de manera prevalente a la población más vulnerable.

[43] Cuyo fin es el de asegurar que todas las contingencias que puedan afectar las condiciones de vida de una persona, en aspectos tales como la salud, la integridad física y la capacidad económica, estén cubiertas por el sistema de seguridad social.

[44] Ver sentencia T-040/15.

[45] Sentencia T-943/14.

[46] Considerando que esta no es la situación fáctica objeto de este pronunciamiento, no se hará un análisis profundo sobre este supuesto.

[47] Ver sentencias T-968/14, T-713/14 y T-093/16, entre otras.

[48] El artículo 3º del Decreto 917 de 1999, establece que la fecha de estructuración de la invalidez debe corresponder al momento de la pérdida de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva. Por lo tanto, la fecha de estructuración, debe tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales. Ver sentencias

[49] Ver sentencias T-163/11, T-043/14 y T-549/14, entre otras.

[50] Ver sentencias T-699A/07, T-561/10 y T-962/11, entre otras.

El segundo criterio requiere que las decisiones de las autoridades encuentren justificaciones no solamente racionales, desde un punto de vista lógico o técnico, sino también desde lo ético, desde los valores. Es decir, no solamente se ha de justificar la decisión a la luz de una razón instrumental, sino también a la luz de una razón práctica. Los funcionarios no pueden, arbitrariamente, sacrificar valores constitucionales que sean significativos e importantes, por proteger con mayor empeño otros de menor valía. Así, por ejemplo, no es razonable que por el cumplimiento de formalidades procesales o administrativas se deje a una persona sin derecho a recibir la pensión que efectivamente cotizó y ahorró. Así, la gran apuesta por erradicar la arbitrariedad de las autoridades y poderes establecidos es, en otras palabras, la búsqueda de que las razones de las entidades públicas o particulares estén basadas en criterios de racionalidad y razonabilidad. Que se guíen por el respeto a las mejores razones y argumentos y por el respeto a los valores constitucionales que en mayor grado se encuentren comprometidos. Es llenar con buenas razones un espacio que parecía reservado

a la voluntad y el capricho.”

[52] Ver sentencias T-002/13, T-943/14, T-040/15, T-013/15, T-111/16, T-611/16 y T-308 de 2016, entre otras.

[53] En la sentencia T-611/16 se aclaró que “la determinación de cuándo se está en presencia de este tipo de enfermedades, no exige la consagración necesaria de una fórmula legal o reglamentaria que permita su aplicación, ya que dada la prevalencia que en esta materia tiene la conceptualización profesional de la medicina, se debe atender al sentido técnico de dicha ciencia, en el que generalmente tiene un peso específico la misma calificación que se realiza por las juntas de invalidez, por los médicos tratantes o por los técnicos designados por los jueces para brindar un concepto profesional sobre la materia, sin perjuicio de las reglas y oportunidades de contradicción que se prevén en el ordenamiento jurídico”.

[54] Ver sentencias T-002/13 y T-943/14, entre otras.

[55] Ver sentencias T-111/16, T-013/15 y T-040/15, entre otras.

[56] Ver sentencias T-789/14, T-111/16, T-512/15, T-588/15 y T-717/15, entre otras.

[57] En la sentencia T-588/15 la Corte ha considerado que al tomar “como fecha para el reconocimiento de la pensión la del momento en que se expidió el dictamen, [desconocería] aquellas semanas cotizadas de forma posterior a la declaratoria de invalidez (...). En casos como este lo que ocurre es que, en razón de la capacidad laboral residual que goza la personas, aquella cotiza incluso después de efectuado el dictamen de pérdida de capacidad, y esta Corporación protege el derecho a que esas semanas sean igualmente tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de la prestación.” En el mismo sentido se pronunció la Corte en las sentencias T-153/16 y T-962/11, entre otras.

[58] Ver sentencia T-022/13.

[59] La Sala resalta que existen precedentes jurisprudenciales en los cuales la Corte Constitucional ha resuelto casos sobre pensiones de invalidez fundada en la excepción de inconstitucionalidad. Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-1291/05, T-221/06, T-043/07, T-699A/07, T-550/08, T-1203/08, T-658/08, T-826/08 y T-789/14, entre otras.

[60] En los folios 14, 15 y 16 del cuaderno de instancias reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, en el folio 18 del cuaderno de instancias se encuentra el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual reitera dichos diagnósticos.

[61] En la sentencia T-885/11 la Corte dispuso que: “Cuando la invalidez es generada por enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, como ocurre con el VIH-SIDA, donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina y se ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, la jurisprudencia constitucional ha establecido precisas reglas para garantizar el derecho a esta pensión. 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”.

[62] En los folios 10 al 13 reposa copia de la relación de aportes realizada por Porvenir S.A.

[63] En los antecedentes laborales previstos en el acta de calificación de invalidez se menciona que el accionante hace 25 años es obrero de construcción.

[64] Al respecto, en la sentencia T-043/14, la Sala Novena de Revisión, con el fin de poder tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, tuvo en consideración el hecho probado de que dichas semanas fueron consecuencia de la relación jurídica laboral que aún subsistía entre la persona calificada y su empleador.

[65] En los folios 24 al 30 del cuaderno de primera instancia reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados.

[66] Según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposa en el folio 8 del cuaderno de primera instancia.

[67] En los folios 24 al 30 del cuaderno de primera instancia reposa fotocopia de la historia clínica del accionante que prueba los diagnósticos relacionados. Adicionalmente, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposa en el folio 8 del cuaderno de primera instancia, el motivo de la calificación fue “ceguera de ambos ojos”.

[68] Según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que reposa en el folio 8 del cuaderno de primera instancia.

[69] Información suministrada por el accionante en la acción de tutela y que corresponde con la relación de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

[70] En los folios 15 y 16 reposa copia de la relación de aportes realizada por Colpensiones.

[71] En los folios 33 y 34 reposa copia de la historia de los periodos cotizados por el accionante.

[72] En los folios 15 y 16 reposa copia de la relación de aportes realizada por Colpensiones.

[73] Las tres providencias citadas en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto fueron proferidas por el despacho del Magistrado Alejandro Linares Cantillo.

[74] “Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.”