

Sentencia T-799/12

PROTECCION DE PERSONAS EN ESTADO DE DISCAPACIDAD-Alcance fijado en la Jurisprudencia Constitucional

La Constitución de 1991 consagra en diferentes artículos, disposiciones en favor de las personas con discapacidad, ello con el fin de materializar la igualdad real y efectiva entre todos los ciudadanos. Esta Corporación ha señalado que se debe tener en cuenta si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. Lo anterior, por cuanto este grupo de personas tienen una incidencia directa en la evaluación del perjuicio, dado que las condiciones de sus competencias laborales se han visto significativamente disminuidas en razón de la debilidad y vulnerabilidad que les imponen sus limitaciones físicas o mentales, lo que conlleva a que el Estado les otorgue un tratamiento preferencial respecto a la protección de sus derechos fundamentales, a fin de garantizar la igualdad material en favor de éstos.

PROTECCION DE PERSONAS EN ESTADO DE DISCAPACIDAD-Caso de mujer de 34 años calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 57.30%

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES- Procedencia excepcional

La Corte Constitucional, ha establecido que en principio, la acción de tutela se torna improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, debido a que la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa dependiendo del caso, son las encargadas de recibir las solicitudes, estudiar el cumplimiento de los requisitos legales y dirimir las controversias que surjan entre las partes.

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

Los requisitos que se deben acreditar para acceder a la pensión de invalidez, necesariamente deben ser aquellos que se encontraban vigentes para el momento en que se consolidó la estructuración de la misma, de tal manera que para determinar si aun trabajador le asiste el derecho a percibir una prestación por parte del sistema integral de seguridad social, primero se deberá verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Una vez un trabajador

perteneciente al régimen de prima media, decide trasladarse al régimen de ahorro individual, las contingencias que ocurran durante el tiempo necesario para formalizar la nueva afiliación, serán cubiertas por la antigua administradora; una vez se dé el traslado efectivo, si llegare a ocurrir el siniestro cubierto por el sistema, deberá ser atendido por la nueva administradora a la cual se trasladó el cotizante.

PENSION DE INVALIDEZ-Caso de accionante que presenta una pérdida de la capacidad laboral del 57.30% de origen común y se fijó de forma retrospectiva la fecha de estructuración de la invalidez

PENSION DE INVALIDEZ-Orden a ING Pensiones iniciar el trámite para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

Referencia: expediente T-3418445.

Acción de tutela instaurada por Magda Gutiérrez Caballero contra la AFP ING Pensiones y Cesantías S.A. y el Instituto del Seguro Social.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, NILSON PINILLA PINILLA y JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos adoptados por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá el veinte (20) de enero de 2012, en primera instancia, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, en segunda, el veintidós (22) de febrero del mismo año.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Magda Gutiérrez Caballero impetró acción de tutela en contra de la Administradora de Pensiones y Cesantías ING S.A. y el Instituto del Seguro Social al considerar que dichas entidades de previsión vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad, por cuanto se han negado a reconocerle el derecho a la pensión de invalidez. Sustenta su acción de amparo en los siguientes

1. Hechos

a. Señala que se vinculó al ISS desde el 8 de agosto de 1997, cuando todavía era menor de edad; permaneció afiliada a dicha entidad de previsión social hasta el 17 de febrero de 1999; a partir de entonces se trasladó a ING Pensiones y Cesantías S.A., donde siguió realizando aportes hasta octubre de 2010.

a. Indica que desde que cumplió 23 años de edad (año 2001) ha venido padeciendo de una enfermedad degenerativa la cual fue diagnosticada como insuficiencia renal crónica terminal en hemodiálisis, situación que en el año 2008 conllevó a que se le realizara un trasplante renal cadavérico, pero que pese a ello, su enfermedad persiste con algunas complicaciones debido al rechazo que su cuerpo presenta ante dicho tratamiento quirúrgico.

a. Manifiesta que desde abril del año 2002, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá certificó que debido a su enfermedad había perdido más del 50% de su capacidad laboral; no obstante la accionante continuo trabajando hasta octubre de 2010.

a. Precisa que la Aseguradora Bolívar S.A., le realizó una segunda calificación de su invalidez

en el año 2011, fijándole una pérdida de la capacidad laboral del 57,30%, la clasificó como de origen común y fijó como fecha de estructuración de la misma, el 11 de agosto de 1998. Con base en esta nueva valoración solicitó el reconocimiento de la prestación, la cual le fue negada, por cuanto según la entidad, para aquella época la señora Gutiérrez Caballero no se encontraba afiliada al ISS ni a ING Pensiones y Cesantías y, en esa medida, el riesgo no era asegurable ni estaba amparado por póliza alguna.

a. Por último, aduce que no cuenta con ingresos, ayuda de familiares o bienes de renta que le permitan paliar su precaria situación económica, por tanto, tampoco puede acceder al sistema de seguridad social; ello aunado a que desde hace más de dos años se encuentra cesante, toda vez que por sus limitaciones físicas de carácter permanente no ha podido encontrar un empleo que le permita subsistir dignamente.

Por todo lo anterior, la señora Magda Gutiérrez Caballero, interpuso la presente acción de tutela, solicitando que se protejan sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., o al Instituto del Seguro Social, según corresponda, que reconozcan y paguen la pensión de invalidez a que tiene derecho.

1. Respuesta de las entidades demandadas

1. ING PENSIONES Y CESANTÍAS.

El Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A., se opuso a las pretensiones de la accionante, aduciendo que no existe legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la inconformidad de la tutelante debe estar referida al ISS por ser la entidad a la cual se encontraba afiliada para el momento de la estructuración de la invalidez.

Precisa que la Aseguradora Bolívar S.A., al calificar la pérdida de capacidad laboral, el origen de la misma y su fecha de estructuración, determinó que la misma se produjo el 11 de agosto de 1998, fecha para la cual no se encontraba afiliada a ING Pensiones y Cesantías S.A.

y, por tanto, no hay lugar al pago de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez reclamada, correspondiendo al ISS decidir sobre el beneficio que se debe conceder a la petente.

Manifiesta que una vez la señora Gutiérrez Caballero demuestre que cotizó al ISS entre los años de 1997 y 1998, se procederá a solicitar el traslado al régimen de prima media con prestación definida y, de esta manera, se pedirá a dicho instituto que responda por la prestación.

De igual manera, afirma que el sistema de seguridad social integral funciona como un seguro, como quiera que para lograr la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, es indispensable que el afiliado se encuentre cotizando a la administradora que protege el riesgo, de tal manera que al momento en que sobrevenga la contingencia, ésta salga a cubrirla. En esa medida, teniendo clara la fecha de estructuración de la invalidez, señala que el organismo llamado a reconocer y pagar la pensión de invalidez es el Instituto del Seguro Social.

Por lo anterior, precisó que su actuación está ceñida a los lineamientos legales que regulan la materia y, por tanto, ha actuado conforme a derecho.

1. SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Señala la compañía de seguros que en el caso particular se debe tener en cuenta que la señora Gutiérrez Caballero solo se afilió a ING Pensiones y Cesantías S.A. a partir del 18 de febrero de 1999, y que estando fijada como fecha de estructuración el 11 de agosto de 1998, se puede colegir que para aquella época no estaba cubierta por la póliza que ING tiene contratada con dicha aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia; en consecuencia, al haber ocurrido la causa de la invalidez por fuera del cubrimiento de las contingencias, no hay lugar al pago de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez de la accionante.

Precisa que en caso de llegarse a probar que la accionante cotizó al ISS durante el período 1997-1998, quien está llamado a reconocer la pensión sería dicho instituto, ello en aplicación

directa del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su acepción original, por cuanto la fecha de estructuración de la invalidez fue fijada para la época en que la tutelante se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior solicitó declarar improcedente la acción de tutela, toda vez que la aseguradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno que ocasione perjuicio a la accionante.

3. Pruebas

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela, la Sala destaca las siguientes:

a. Historia clínica de la accionante.

a. Certificación de la pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

a. Certificado de pagos de incapacidades.

a. Certificación de la historia laboral emitida por el Instituto del Seguro Social.

a. Historia laboral donde se aprecian las cotizaciones realizadas a ING pensiones y Cesantías S.A. hasta el mes de octubre de 2010.

a. Dictamen de la calificación de la pérdida de capacidad laboral emitida por la Aseguradora Bolívar S.A. el 10 de mayo de 2011, cuyo dictamen señaló un 57.30% de PCL, se determinó

como de origen común y la fecha de estructuración fue fijada para el dieciocho (18) de agosto de 1998.

a. Oficio mediante el cual la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A. niega la pensión de invalidez solicitada por la accionante.

a. Oficio mediante el cual Seguros Bolívar S.A. niega el pago de la suma adicional para constituir el capital necesario para financiar la pensión de invalidez de la accionante.

1. Sentencias objeto de revisión

4.1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, mediante proveído del veinte (20) de enero de 2012, denegó el amparo de los derechos fundamentales invocados, al considerar que en el caso particular se presenta un conflicto de carácter legal, el cual debe dirimirse primero por la justicia laboral ordinaria, siendo entonces el mecanismo preferente y sumario de la tutela improcedente para resolver el presente asunto.

4.2. Impugnación

La accionante, impugnó el fallo de primera instancia por cuanto no se tuvo en cuenta su especial situación de persona inválida, lo que en principio le hace merecedora de una protección especial por parte del estado, toda vez que de obligarla a recurrir a un proceso laboral ordinario implicaría prolongar sus angustias económicas y afectar aún más su derecho a una vida digna.

En consecuencia, solicita que el juez de segunda instancia revoque el fallo recurrido.

4.3. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, mediante fallo del 22 de febrero de 2012, confirmó el proferido por el a quo argumentando que a la accionante le asisten otros medios de defensa judicial.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del asunto materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

Corresponde a la Sala examinar si el Instituto de los Seguros Sociales o la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., han vulnerado los derechos a la seguridad social, a la vida digna, a la igualdad y al mínimo vital de la accionante, con la negativa de reconocer su pensión de invalidez, por cuanto presuntamente no existe certeza sobre cual de las dos entidades de previsión social está obligada al pago de la misma, toda vez que para la fecha en la cual se fijó la estructuración de la contingencia, al parecer no estaba afiliada a ninguno de los dos fondos de pensiones y, por tanto, su riesgo no era asegurable.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará lo siguiente: a) protección constitucional de las personas en situación de discapacidad; b) procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales; c) requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez cuando ha existido traslado entre regímenes; d) por último se resolverá el caso concreto.

3. Protección constitucional de las personas en situación de discapacidad.

3.1. La Constitución de 1991 consagra en diferentes artículos, disposiciones en favor de las personas con discapacidad, ello con el fin de materializar la igualdad real y efectiva entre todos los ciudadanos. Dentro dichos preceptos vale la pena resaltar: i) artículo 1° (Estado Social de Derecho), el cual propugna por el respeto de la dignidad humana y por el desarrollo del principio de solidaridad entre todos los habitantes del territorio nacional; ii) artículo 2° (fines esenciales del Estado), donde se señala que las instituciones están fundadas para

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Carta política, teniendo como fin primordial la realización de la persona humana dentro del marco de una convivencia pacífica y orden social justo; iii) artículo 13 (igualdad), en el entendido que las personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, requieren de medidas afirmativas que permitan su integración a la sociedad en las mejores condiciones posibles en busca de una vida digna; iv) artículo 48 (derecho a la seguridad social), el cual prescribe que todas las personas deben gozar de la protección especial que ofrece el sistema integral de seguridad social, y v) 53 (derecho al mínimo vital), que señala la protección especial que el Estado da al trabajo y a su remuneración por cuanto el salario se convierte en la mayoría de las veces en el único sustento que percibe una persona y, en consecuencia, al perderse la capacidad laboral en una cuantía superior al 50%, la pensión de invalidez debe necesariamente entrar a suplir dichos ingresos como prolongación del sustento del inválido y en ocasiones de su núcleo familiar.

A su vez, el artículo 47 de la Carta Política establece taxativamente que el Estado “adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; en el mismo sentido, el artículo 54 superior preceptúa de manera expresa el deber del Estado de “... garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, determina en su último inciso que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

De lo anterior se evidencia que fue voluntad del constituyente de 1991, otorgarle una especial protección a todos aquellos que por sus condiciones particulares se encuentran en situación de debilidad manifiesta; por ello, esta Corporación ha señalado que se debe tener en cuenta si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. Lo anterior, por cuanto este grupo de personas tienen una incidencia directa en la evaluación del perjuicio, dado que las condiciones de sus competencias laborales se han visto significativamente disminuidas en razón de la debilidad y vulnerabilidad que les imponen sus limitaciones físicas o mentales, lo que conlleva a que el Estado les otorgue un tratamiento preferencial respecto a la protección de sus derechos fundamentales, a fin de garantizar la igualdad material en favor de éstos.

De las normas superiores transcritas y de la jurisprudencia sentada por esta Corporación¹ se pueden inferir para el Estado las siguientes obligaciones: “i) otorgar las condiciones necesarias para que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones a los demás; ii) sancionar los maltratos o abusos que se presenten y a su vez, el deber de velar por la protección integral de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; y por último (iii) adelantar diversas políticas públicas en las que se contemple la previsión, rehabilitación e integración social de los grupos de especial protección”.

3.2. En el caso que nos ocupa, la accionante tiene 34 años de edad, manifiesta que se encuentra en delicado estado de salud, lo que le ha imposibilitado para desenvolverse adecuadamente en el campo laboral, alejándola de la posibilidad de proveerse el sustento económico necesario para su congrua subsistencia, afectándose de esta manera su derecho al mínimo vital, toda vez que no cuenta con otro ingreso adicional que le permita suplir sus necesidades.

En el informe general sobre pérdida de la capacidad laboral² emitido por la Aseguradora Bolívar S.A., se evidencia que el día 10 de mayo de 2011 se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 57.30%, se fijó como fecha de estructuración el 18 de agosto de 1998, lo que confirma que se trata de una persona en situación de discapacidad, es decir que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta y, por tanto, se hace merecedora de una especial protección por parte del estado.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

4.1. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece que la acción de tutela sólo será procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa, o que existiendo, éste resulte ineficaz, caso en el cual el recurso de amparo procederá como mecanismo transitorio.

La Corte Constitucional³, ha establecido que en principio, la acción de tutela se torna improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, debido a que la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa dependiendo del caso, son las encargadas de recibir las solicitudes, estudiar el cumplimiento de los requisitos legales y

dirimir las controversias que surjan entre las partes.

El derecho a la seguridad social, en especial el de la pensión de invalidez, por regla general no es susceptible de tramitarse y otorgarse a través de la acción de tutela, debido a que ésta tiene por finalidad la garantía de los derechos fundamentales y tiene un carácter esencialmente residual y subsidiario. Así mismo, se ha precisado que el conocimiento de solicitudes de aspectos litigiosos de naturaleza legal y prestacional, competen a la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa, según el caso, y por ende, escapan al ámbito del juez constitucional.

4.2. Sin embargo, las consideraciones anteriores no son absolutas, debido a que el amparo constitucional resulta procedente en aquellos casos en que existiendo otros mecanismos ordinarios de protección, estos se tornan ineficaces y carecen de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección, como las personas en situación de discapacidad.

La Corte en la sentencia T-839 de 2010 estableció que:

“tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto”.

4.3. La señora Magda Gutiérrez Caballero, teniendo la posibilidad de agotar la vía laboral ordinaria tal como lo precisaron los jueces de instancia, para reclamar la pensión de invalidez, optó por acudir a la acción de tutela a solicitar la protección constitucional respecto a la presunta vulneración de sus derechos a la seguridad social, a la igualdad, vida digna y al mínimo vital, y en virtud de encontrarse enferma e incapacitada para trabajar y suplir por sus propios medios sus necesidades básicas.

Como se señaló anteriormente, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, en razón a que corresponde a la jurisdicción ordinaria o contenciosa -según sea el caso-, establecer el cumplimiento de los

requisitos y dirimir las controversias, excepto cuando éstos se tornan ineficaces y carecen de idoneidad para evitar un perjuicio irremediable, o cuando la protección recae sobre un sujeto de especial protección, como las personas en situación de discapacidad.

4.4. En el caso bajo examen, la accionante tiene 34 años de edad, padece de una enfermedad renal crónica estado 5, lo que le impide desenvolverse adecuadamente en el ámbito laboral, afectándose su derecho al mínimo vital al no contar con otro ingreso adicional que le permita suplir sus necesidades. Según el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral realizada por la Aseguradora Bolívar, la señora Gutiérrez Caballero tiene un menoscabo en sus aptitudes físicas del 57.30%, encontrándose en situación de discapacidad⁴.

En consecuencia, si bien la accionante cuenta con mecanismos ordinarios para la obtención del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; por tratarse de una persona de especial protección, por encontrarse en situación de discapacidad y carecer de recursos económicos que le permitan suplir sus necesidades básicas, con el fin de evitarle un perjuicio irremediable, ésta Sala considera que la acción de tutela en el presente caso resulta procedente.

5. Requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez cuando se ha realizado un traslado entre regímenes.

5.1. La pensión de invalidez es un derecho de carácter legal, el cual encuentra sustento en el artículo 48 de la Constitución Política, que define a la seguridad social como un servicio público de carácter fundamental y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

Dicha prestación tiene como finalidad proteger los derechos al trabajo y al mínimo vital de la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, y que depende económicamente de su salario. Para que ésta sea otorgada, la entidad encargada tendrá que hacerlo de acuerdo a las disposiciones legales vigentes que regulan la materia.

Así lo precisó esta Corporación en la sentencia T-299 de 2010 al señalar:

“Dentro de este sistema se encuentra la prestación económica de invalidez, la cual tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una merma considerable en su capacidad

laboral. Así se resguarda el derecho al trabajo y a su vez el mínimo vital del núcleo familiar, cuando éste dependía de los ingresos económicos del afiliado. Pues, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano, contenido sin el cual no puede asegurarse la eficacia de los derechos sociales.”

5.2. Los requisitos que se deben acreditar para acceder a la pensión de invalidez, necesariamente deben ser aquellos que se encontraban vigentes para el momento en que se consolidó la estructuración de la misma, de tal manera que para determinar si a un trabajador le asiste el derecho a percibir una prestación por parte del sistema integral de seguridad social, primero se deberá verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Así, por ejemplo, si el estado de invalidez se configuró entre el 1° de abril de 1994 y el 28 de enero de 2003, se deberán exigir los requisitos establecidos en el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

“Texto original de la Ley 100 de 1993: ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

En caso de que la consolidación de la invalidez se hubiere dado entre el 29 de enero de 2003 y el 25 de diciembre del mismo año, los requisitos que se deben acreditar por quien pretenda que se le reconozca la prestación por invalidez, serán los que contemplaba el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el cual fue declarado inexecutable por esta Corporación mediante sentencia C-1056 de 2003 y cuyo texto era el siguiente:

Texto original de la Ley 797 de 2003: El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 quedará así:
ARTÍCULO 11. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a

lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Por último, si la fecha de estructuración de la invalidez es posterior al 26 de diciembre de 2003, serán exigibles los requisitos contemplados por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, hoy sin el requisito de fidelidad, por cuanto el mismo fue declarado inexecutable mediante sentencia C-428 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:

Artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

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

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado

25 semanas en los últimos tres (3) años.

Las disposiciones anteriores deben ser tenidas en cuenta por todas las entidades de previsión social que administran el sistema de seguridad social integral, sin importar si las mismas pertenecen al régimen de prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sin embargo, en el transcurso de las relaciones laborales se da con frecuencia que aquellos trabajadores que se vincularon inicialmente al ISS (régimen de prima media) se trasladen a las administradoras de fondos de pensiones privados (régimen de ahorro individual) y, con ocasión de estos eventos, una vez se produce una contingencia, surgen dudas acerca de cuál de los dos regímenes está llamado a garantizar la protección al trabajador.

Con respecto a esta disyuntiva el Decreto 1406 de 1999, por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, en su artículo 42 dispuso los efectos que dichos traslados producen, determinando hasta cuando responde por las contingencias el fondo del cual se traslada el trabajador y desde cuando entra a cubrir los riesgos el fondo receptor del traslado.

Al respecto la mencionada norma señaló:

Artículo 42. Traslado entre entidades administradoras. El traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema.

En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

(...)

Para los efectos del presente artículo, se entenderá por traslado efectivo el momento a partir

del cual el afiliado queda cubierto por la nueva entidad en los términos definidos en el inciso anterior.

Quiere decir lo anterior, que una vez un trabajador perteneciente al régimen de prima media, decide trasladarse al régimen de ahorro individual, las contingencias que ocurran durante el tiempo necesario para formalizar la nueva afiliación, serán cubiertas por la antigua administradora; una vez se dé el traslado efectivo, si llegare a ocurrir el siniestro cubierto por el sistema, deberá ser atendido por la nueva administradora a la cual se trasladó el cotizante.

No obstante, este tipo de dudas en relación a quién le corresponde asumir los riesgos asegurados se presentan cuando el estado de invalidez se presenta en el intervalo del traslado, toda vez que por la proximidad entre la desafiliación de un régimen y la afiliación al nuevo, han transcurrido escasos días, lo que impide determinar fácilmente las responsabilidades de cada entidad de previsión social. No ocurre lo mismo cuando ya ha transcurrido un tiempo considerable después del traslado, toda vez que ya se tiene certeza de que administradora de pensiones debe pagar las prestaciones.

Pero aún así, pueden suscitarse controversias entre los diferentes fondos que administran los regímenes pensionales, especialmente cuando en el dictamen de la pérdida de capacidad laboral realizado por la nueva administradora a la cual se afilió el trabajador, fija una fecha de estructuración que corresponde a los períodos cotizados por éste al antiguo régimen pensional. Esto por cuanto el afiliado queda ante una situación fáctica que le impide acceder al derecho prestacional, ya que el fondo receptor del traslado se excusa de pagar las mesadas reclamadas al argumentar que para cuando se estructuró el siniestro no tenía a su cargo el seguro previsional.

Por su parte la antigua administradora a la cual se hallaba cotizando, niega el reconocimiento de la prestación, por cuanto para el momento en que fue calificado el trabajador, éste ya no se encontraba vinculado con el mismo. En conclusión ninguno de los dos fondos sale al reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas, pese a las cotizaciones realizadas por el trabajador y por sus empleadores a ambos fondos.

5.3. Ante la situación de desamparo en que quedan los afiliados al sistema que se trasladaron de régimen, al sufrir una contingencia de tal envergadura que los retira de la

fuerza laboral por su estado de invalidez, la jurisprudencia de esta Corporación ha fijado unos parámetros especiales que permiten identificar a cual de los dos regímenes le corresponde asumir las prestaciones reclamadas.

Para ello se hace imperioso atender a los conceptos legales de invalidez y de fecha de estructuración de la misma. En cuanto a lo primero la ley 100 de 1993, en su artículo 38, prescribe que “se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Con respecto a lo segundo el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, señala:

ARTÍCULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. 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. (Subrayas fuera de texto).

Quiere decir lo anterior, que para que una persona sea considerada inválida, no basta con que exista un concepto médico al respecto, sino que además, debe probarse que ese trabajador se encuentra en imposibilidad física o mental para desarrollar sus actividades laborales de forma permanente y definitiva y además que ya no puede proveerse por sus propios medios los recursos necesarios para atender a su subsistencia.

De tal manera, que si una persona es calificada con porcentaje superior al 50% de la pérdida de capacidad laboral en razón al tipo de enfermedad que padece, pero esta continúa laborando y aportando al sistema general de pensiones, no se podría argumentar que las semanas así aportadas son inválidas, por cuanto dicho trabajador, pese a sus limitaciones, tiene derecho a realizar su proyecto de vida, sintiéndose útil para la sociedad y su familia, y solo hasta cuando sus fuerzas ya no le permitan cumplir con su labor, puede éste solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez y para ello el sistema general de pensiones deberá contabilizar hasta la última semana aportada.

Es así como la Corte ha evidenciado que cuando un trabajador padece de aquellas enfermedades catalogadas como “crónicas, congénitas o degenerativas” la fecha del

dictamen de la invalidez no necesariamente coincide con la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, debido a que las entidades encargadas de realizar la calificación, en la mayoría de los casos, establecen como fecha de estructuración de la contingencia, la fecha en la que apareció el primer síntoma o la que se indicó en la historia clínica como inicio de la enfermedad al momento de diagnosticarla. Dichas fechas por lo general no permiten establecer el estado de invalidez, toda vez que para aquella época la persona aún no había perdido de manera definitiva su capacidad laboral, lo que le permite seguir trabajando y cotizar al sistema general de pensiones.

Al respecto, esta Corporación en la sentencia T-699A de 2007, al analizar un caso en el que el accionante tenía una enfermedad progresiva y degenerativa, y aun así continuó cotizando después de la fecha de estructuración de la invalidez, señaló:

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

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se

certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este período al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos.”

5.4. En conclusión, debe precisarse que cuando se trata de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en las que el paciente empeora con el paso del tiempo y la fecha de estructuración fijada por la entidad encargada de calificar su pérdida de capacidad laboral no corresponde con la efectiva pérdida del 50% o más de la misma; mientras el trabajador siga vinculado con una relación laboral y aportando al sistema, sería injusto que los fondos de pensiones no tuvieran en cuenta el tiempo cotizado después de la fecha de estructuración fijada y que el sistema si se beneficie de dichos aportes. En consecuencia, para los efectos de los requisitos que exigen las normas legales, se tendrá la fecha la del dictamen, como aquella en que definitiva y permanentemente se materializó la pérdida de capacidad laboral y consecuentemente se estructuró la invalidez del trabajador⁵.

1. Caso concreto.

6.1. La señora Magda Gutiérrez Caballero, interpuso acción de tutela contra el ISS e ING Pensiones y Cesantías S.A. al considerar que con la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, se vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. Precisa que dicho desconocimiento se fundamenta en que según la calificación de la pérdida de la capacidad laboral expedida por la Aseguradora Bolívar S.A., la fecha de estructuración de la invalidez de la accionante ocurrió el 18 de agosto de 1998, época para la cual no se encontraba afiliada a ninguno de los dos fondos de previsión social y, en consecuencia, su riesgo de invalidez no estaba asegurado.

Precisa la Sala que efectivamente la señora Gutiérrez Caballero se afilió al ISS en el año de

1997 y estuvo realizando aportes de al menos 84.86 semanas de manera interrumpida a dicho régimen, hasta el 17 de febrero de 1999; fecha en que se trasladó a ING Pensiones y Cesantías S.A. donde realizó cotizaciones por 352 semanas de manera interrumpida, hasta el mes de octubre de 2010.

De igual manera, existe una certificación por parte del médico del centro de atención ambulatoria del municipio del Espinal (Tolima), del 9 de abril de 2001, donde se indica que la accionante presenta una enfermedad renal crónica desde hace tres años y que por su patología presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 60%, sin que se fije una fecha específica de estructuración de la invalidez.

Así mismo, se advierte que se halla en el expediente una certificación por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que data del 12 de abril de 2002, donde se precisa que la accionante sufre de insuficiencia renal crónica terminal en hemodiálisis, y en consecuencia, ha perdido más del 50% de su capacidad laboral; sin embargo dicho dictamen no tiene sustento, ni fija una fecha de estructuración de la misma.

Por último, la Aseguradora Bolívar, mediante dictamen del 10 de mayo de 2011, determinó que la señora Magda Gutiérrez Caballero, presenta una pérdida de la capacidad laboral del 57.30%, de origen común, y se fijó como fecha de estructuración de la invalidez el 11 de agosto de 1998, es decir que la misma fue determinada en forma retrospectiva.

En el reporte de semanas cotizadas, tanto del ISS como de ING Pensiones y Cesantías S.A., se evidencia que la accionante cotizó para pensión hasta el día 31 de octubre de 2010; es decir, que su enfermedad le permitió seguir laborando mucho tiempo después de la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la Aseguradora Bolívar S.A., y tanto el Instituto del Seguro Social, como la AFP ING Pensiones y Cesantías, le continuaron recibiendo aportes, con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, pero el fondo privado de pensiones considera que la accionante no tiene derecho a la prestación que reclama, por cuanto para la época de estructuración de la invalidez, la tutelante no se encontraba afiliada al mismo.

Por su parte, el Instituto del Seguro Social pese haber sido notificada de la presente acción, guardó silencio en relación a las pretensiones de la accionante, aun cuando el fondo privado argumentó que en caso de que procediera el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada, era el ISS la entidad llamada al cubrimiento de la misma.

6.2. Corresponde entonces a esta Sala, determinar si le asiste a la señora Magda Gutiérrez Caballero el derecho a la prestación reclamada, y en caso afirmativo, precisar a qué entidad le corresponde el pago de la misma.

Sea lo primero advertir que la tutelante se afilió al ISS el 1° de agosto de 1997, y entre el 12 de agosto de 1997 y el 11 de agosto de 1998 (fecha de estructuración de la invalidez fijada por Seguros Bolívar S.A.) cotizó por más de 26 semanas, lo que en principio permite colegir que cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, en esa medida tendría derecho a la pensión de invalidez reconocida por parte del Instituto del Seguro Social.

No obstante, está probado en el expediente que la accionante se trasladó el 18 de febrero de 1999 a ING pensiones y Cesantías S.A., según certificación obrante a folio 70 del cuaderno principal. Se requiere precisar si cuando ocurrió dicho traslado, la accionante ya estaba en estado de invalidez o si por el contrario, ella podía afiliarse válidamente al fondo privado.

Es de anotar que como se precisó anteriormente, las primeras certificaciones que hacen referencia al estado de invalidez de la accionante datan del 9 de marzo de 2001 y del 12 de abril de 2002, respectivamente; mientras que el traslado del ISS al fondo privado se hizo efectivo el 18 de febrero de 1999, fecha para la cual, la accionante no había sido declarada como persona inválida, según los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3° del decreto 917 de 1999, pese a que ya se habían presentado los primeros síntomas de su enfermedad crónica.

Lo anterior, aunado a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, en lo que respecta a la eficacia del traslado entre administradoras, deja en manos del fondo privado receptor del afiliado, la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte que antes estaban bajo amparo del ISS, por cuanto para la fecha de la declaratoria de la invalidez (10 de mayo de 2011), ya se había producido el traslado efectivo entre administradoras de fondos de pensiones, y con anterioridad a dicha fecha no se había declarado el estado de invalidez que retirara definitiva y permanentemente a la accionante de la vida laboral.

Según lo anterior, corresponde establecer si la señora Gutiérrez Caballero cumple con los requisitos que se deben exigir por parte de ING Pensiones y Cesantías S.A., para hacerse

merecedora a la pensión de invalidez que reclama.

6.3. Cuando la Corte ha analizado casos en los que se trata de pensión de invalidez causada por enfermedad congénita, crónica o degenerativa, se ha evidenciado que los fondos de pensiones señalan como fecha de estructuración de la invalidez la fecha en que al paciente le apareció el primer síntoma y no la fecha en que por su estado de salud ya no puede volver a laborar de manera permanente. La Sala considera que se está ante uno de esos casos, por tanto, se hace imperioso aplicar la sub regla establecida en la sentencia T-699A de 2007, donde se precisó que cuando a una persona se le ha fijado una fecha de estructuración de manera retrospectiva que no coincide con la pérdida efectiva y real de su capacidad laboral, los tiempos cotizados con posterioridad a dicha fecha, deben ser tenidos en cuenta para efectos del cumplimiento de los requisitos legales.

Siendo así las cosas, teniendo en cuenta que la fecha que determina la estructuración de la invalidez para estos especialísimos casos, no es la de estructuración fijada, sino la del último dictamen, que para el presente asunto es el 10 de mayo de 2011, se debe establecer si la accionante cotizó más de 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la declaratoria de la invalidez, requisito exigido por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma aplicable al caso bajo estudio.

Por lo expuesto anteriormente, procede esta Corporación a verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la mencionada norma, por parte de la señora Magda Gutiérrez Caballero, para lo cual se tendrá como fecha de declaratoria de la invalidez el día en que la aseguradora Bolívar dio el dictamen (10-05-2011), en atención a que la accionante padece de una enfermedad crónica y aún así continuó cotizando a ING Pensiones y Cesantías S.A. con posterioridad a la fecha de estructuración señalada (11-08-98).

De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas al fondo de pensiones ING S.A., se tiene que durante el período comprendido entre el 11 de mayo de 2008 y el 10 de mayo de 2011, tres años inmediatamente anteriores a la fecha del dictamen, la señora Magda Gutiérrez Caballero cotizó aproximadamente 716 días, es decir 102.28 semanas, y fue declarada inválida con una pérdida de su capacidad laboral del 57.30%, lo que deja por sentado que cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Así las cosas, ésta Corporación procederá a revocar la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil- del 22 de febrero de 2012; y en su lugar ordenará a ING Pensiones y Cesantías S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta sentencia, proceda a iniciar el trámite para el reconocimiento y pago, de la pensión de invalidez de la señora Magda Gutiérrez Caballero, la cual deberá ser otorgada a partir de la fecha del dictamen emitido por Seguros Bolívar S.A.; esto es, desde el 10 de mayo de 2011; los trámites correspondientes para la inclusión en nómina no podrán exceder de quince (15) días calendario.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida digna y al mínimo vital invocados por la señora Magda Gutiérrez Caballero.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil- el 22 de febrero de 2012, que a su vez confirmó la dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito el 20 de enero de este mismo año, y en su lugar ORDENAR a ING Pensiones y Cesantías S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta sentencia, proceda a iniciar el trámite para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la señora Magda Gutiérrez Caballero, la cual deberá ser otorgada a partir de la fecha del dictamen emitido por Seguros Bolívar S.A., esto es, desde el 10 de mayo de 2011; los trámites correspondientes para la inclusión en nómina no podrán exceder de quince (15) días calendario.

Tercero.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 Sentencia T-043 de 2005, T-220 de 2007 y T-905 de 2009 entre otras.

2Folios 4-12.

“Ahora bien, esta Corporación también ha establecido que, por regla general, las controversias relacionadas con la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales y reglamentarias relacionadas con la seguridad social, no corresponden, en principio, al ámbito propio de determinación de los jueces de tutela, sino que deben ser resueltas a través de los mecanismos judiciales ordinarios que brinda el ordenamiento legal. Así, en algunos casos será necesario acudir a la justicia ordinaria laboral para que ella zanje con su decisión el conflicto planteado; en otros, en razón de la calidad de las partes o de la naturaleza de la pretensión, serán los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa los encargados de decidir en el caso concreto, salvo que, en aplicación de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la ocurrencia de un perjuicio irremediable haga necesaria la protección transitoria por vía de tutela de los derechos fundamentales del afectado”.

4 Dictamen del 10 de mayo de 2011, Folios 4-12 del cuaderno principal.

5 Ver sentencia T-699A de 2007.

6 Ver folios 14 a 20, cuaderno principal.

7 Ver folio 26 del cuaderno principal.

8 Ver folio 27 cuaderno principal.