COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/681/17

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/681/17
Expediente	T-6.280.613
Fecha	2017-06-13
Sala	Sala Séptima de Revisión
Magistrado ponente	CRISTINA PARDO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela Para Reclamar El Reconocimiento Y Pago De Derechos Pensionales
- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Invalidez
- Accion De Tutela Para El Reconocimiento De Pension De Invalidez A Enfermo De Vih/Sida
- Pension De Invalidez De Persona Con Enfermedad Cronica, Degenerativa O Congenita
- Derecho A La Pension De Invalidez
- Pension De Invalidez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Procedencia excepcional de la tutela para sujetos cobijados por una parámetros constitucionales de protección especial a personas con alteración grave en sus condiciones de salud, se reitera la postura de la Corporación

Texto completo

T-681-17 Sentencia T-681/17 ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES- Procedencia excepcional ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ- Procedencia excepcional/ SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL- Procedencia excepcional de la tutela para sujetos cobijados por una protección constitucional reforzada Siguiendo los parámetros constitucionales de protección especial a personas con alteración grave en sus condiciones de salud, se reitera la postura de la Corporación respecto del carácter fundamental del derecho a la seguridad social susceptible de protección por vía de tutela solo cuando “(i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”.

Tratándose de derechos de carácter prestacional y particularmente de la pensión de invalidez, se ha determinado que en los casos de sujetos de especial protección constitucional “los mecanismos ordinarios carecen de idoneidad y eficacia debido a la carga económica y al prolongado paso del tiempo que implican, criterios bajo los cuales se ha concluido la idoneidad de la tutela para el estudio del reconocimiento de la prestación o beneficio de que se trate”.

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA- Procedencia por ser el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales del accionante y para lograr el

reconocimiento de la prestación pensional INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS- Marco normativo y jurisprudencial PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA- Reiteración de la sentencia SU-588/16 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 DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA- Se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ- Trámites administrativos no pueden obstaculizar el reconocimiento del derecho a quien ya ha reunido los requisitos para acceder a ésta PENSION DE INVALIDEZ- Inoponibilidad de trámites administrativos respecto de quien cumplió requisitos para obtener la pensión PRINCIPIO PRO HOMINE- Concepto /PRINCIPIO PRO HOMINE- Alcance DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA - Orden de reconocer pensión de invalidez a accionante Referencia:

Expedientes T-6.280.613 y T-6.262.895 Acciones de tutela instauradas por Luis contra la Entidad Promotora de Salud Famisanar Ltda., y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y por Armando contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional , conformada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, Diana Fajardo Rivera y el magistrado Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión del fallo proferido en única instancia por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá [1] que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Luis ; y por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [2] que revocó el fallo emitido por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito Judicial de Bogotá [3] , que tuteló y concedió el amparo solicitado por el señor Armando .

CUESTIÓN PREVIA Con la finalidad de proteger los derechos fundamentales a la intimidad y al habeas data de los accionantes, la Sala modificará sus nombres en esta providencia, debido a que los procesos contienen datos sensibles de los demandantes. Por esta razón, en la parte resolutiva de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta Corporación y a las autoridades judiciales de instancia, guardar estricta reserva respecto a la identificación de los actores [4] .

I. ANTECEDENTES De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 55 del Acuerdo 02 de 2015, los expedientes T-6.280.613 y T-6.262.895 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia, por la Sala de Selección Número Ocho (8) de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el 11 de agosto de 2017, para ser fallados en una sola sentencia [5] .

En consecuencia, la Sala de revisión procede a dictar la sentencia correspondiente. A. Expediente T-6.280.613 1. Hechos y solicitud El señor Luis actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra la Entidad Promotora de Salud Famisanar Ltda. (en adelante “Famisanar”) y COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías (en adelante “Colfondos”), por considerar que dichas entidades le vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, al negarle el pago de las incapacidades médicas generadas desde el 1° de junio de 2015, así como el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que no acreditó las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez exigidas en la ley. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. El accionante afirma que es paciente portador de VIH desde el año 2005 y que en el año 2013 adquirió una enfermedad que le dejó secuelas físicas notorias y discapacitantes denominada “neurotoxoplasmosis cerebral” [6] .

1.2. Señala que tiene un contrato laboral a término indefinido con Casalimpia S.A., suscrito desde el 7 de febrero de 2011, fecha desde la cual la empresa ha pagado los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

1.3. Indica que los continuos quebrantos de salud le han impedido trabajar desde el 1° de junio de 2015 y que las incapacidades médicas prescritas no han sido canceladas por las entidades accionadas [7] , a pesar de haber solicitado su pago mediante derecho de petición [8] .

1.4. Sostiene que una vez Colfondos calificó su invalidez, estableció una pérdida de capacidad laboral del 75% por origen común, con fecha de estructuración el 18 de octubre de 2011. Como consecuencia de lo anterior, el día 23 de marzo de 2016 presentó los documentos para que le fuera reconocida la pensión de invalidez.

1.5. El 23 de junio de 2016 Colfondos negó el reconocimiento pensional, por no acreditarse las semanas requeridas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración [9] , argumento que en el sentir del demandante, desconoce sus derechos fundamentales pues no tuvo en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración establecida en el dictamen.

1.6. Afirma que los médicos tratantes de Famisanar consideran que su estado de salud no es óptimo para reincorporarse laboralmente a la empresa empleadora y suplir mediante sus ingresos sus necesidades básicas. Señala que se ha visto obligado a solicitar préstamos a amigos y familiares para sostenerse económicamente, y que depende en la actualidad de sus padres, personas de la tercera edad que velan por su estado de salud, y le proveen alimentación, vestuario, vivienda y demás gastos necesarios para su subsistencia.

1.7. Sostiene que el proceder de las entidades accionadas vulnera sus derechos fundamentales, pues se encuentra desamparado económicamente por la falta de pago de las incapacidades reconocidas por su médico tratante y la negativa de la pensión de invalidez.

1.8. Como pretensión principal reclama el pago de las incapacidades médicas generadas desde el 1° de junio de 2015 y, de manera subsidiaria, el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que dice tener derecho.

2. Contestación de acción de tutela [10] 2.1 . Famisanar [11] El apoderado general de la entidad contesto la acción solicitando denegarla respecto a su representada. Señalo que el señor Luis “i) se encuentra activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de FAMISANAR EPS, en calidad de cotizante [12] , ii) presenta incapacidad continua desde el 16 de marzo de 2011 hasta 07 de junio de 2017 [13] ;

Famisanar EPS, reconoció 1040 días de incapacidad [14] , iii) cuenta con concepto de rehabilitación expedido por Famisanar EPS del 11 de febrero de 2014 [15] , con pronóstico de recuperación favorable (sic) , el cual fue notificado a Colfondos el 12 de diciembre de 2014 [16] .” Precisó que “de acuerdo con la normatividad dispuesta en materia de incapacidades, las empresas promotoras de salud, están obligadas a reconocer y cancelar incapacidades hasta el día 180 por una misma enfermedad. A partir del día 181 esta obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la Junta de Calificación, con el objetivo de determinar el grado de pérdida de la capacidad y si hay lugar a reconocer mesada pensional por invalidez de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2463 de 2001, artículo 23.” Informó que Famisanar no fue notificada de la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante. En cuanto al reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores a los 540 días, indicó que “la obligación recae sobre el Fondo de Pensiones [17] , teniendo como fundamento la interpretación sistemática de la ley 1753 de 2015, pues si bien la Ley del Plan Nacional de Desarrollo llenó el vacío normativo que existía respecto a las incapacidades superiores a 540 días y que la misma fue debidamente sancionada, la misma no ha sido debidamente reglamentada [18] .

” Igualmente alegó la improcedencia de la tutela por existencia de otro medio de defensa, inexistencia de violación a los derechos fundamentales, falta de legitimación en la causa por pasiva que asiste a la entidad que representa y por no acreditar el accionante la existencia de un perjuicio irremediable. En consecuencia solicitó denegar la acción de tutela respecto a Famisanar, al no existir derecho fundamental vulnerado por esa entidad y que se ordene a Colfondos (i) el pago de las incapacidades que solicita el peticionario, (ii) iniciar la gestión para el reconocimiento de la pensión de invalidez si hubiere lugar a ello o en determinado caso para la indemnización sustitutiva de pensión.

2.2. Colfondos [19] La apoderada judicial señaló que “el señor afiliado cuenta de acuerdo con lo evaluado por el médico tratante de su EPS con un pronóstico de Rehabilitación Desfavorable [20] , de manera que lo que procede es la calificación de pérdida de su capacidad laboral, proceso que se llevó a cabo ante la Unidad Previsional de Colfondos, donde se otorgó la siguiente calificación: porcentaje de pérdida de capacidad laboral 75% (deficiencia 45%, rol laboral 30%), fecha de estructuración de la invalidez 18/10/2011 por enfermedad común [21] .

De acuerdo con la estructuración de la invalidez se procede de igual manera a efectuar el estudio para determinar la viabilidad de la pensión de invalidez, se encontró que el afiliado no cumplió con la cobertura de las cincuenta (50) semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a su fecha de estructuración, esto se le notifica mediante oficio de fecha 23 de marzo de 2016.” Destacó que ninguna de las prestaciones existentes dentro del sistema general de pensiones se financia con cargo al patrimonio de la administradora, la cual solo es una entidad gestora del sistema. Las pensiones por invalidez y sobrevivencia las respaldan seguros previsionales que las administradoras de fondos de pensiones contratan a favor de sus afiliados, es decir, causado el derecho, la respectiva aseguradora crea el siniestro y gira a favor del beneficiario los dineros necesarios para financiar una pensión vitalicia.

Por ello considera que la litis debe ser disuelta con la integración de la Unidad Previsional de Colfondos, compañía que asumió el riesgo previsional del afiliado.

Igualmente dejó en claro que de conformidad con el recién expedido Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1753 de 2015, las incapacidades médicas temporales que superen el día 540 serán pagadas por la EPS [22] . En ese orden, solicitó denegar o declarar improcedente el amparo deprecado contra su representada, dado que el reconocimiento de las incapacidades solicitadas resulta improcedente teniendo en cuenta que “existe concepto desfavorable de rehabilitación por lo que procedía la calificación para determinar la pérdida de capacidad laboral del accionante, proceso que se llevó a cabo de manera completa, determinando que no hay derecho a la pensión por falta de cobertura en el siniestro.” De manera subsidiaria, y en caso de otorgarse el amparo, pidió que la orden se emita contra la Unidad Previsional de Colfondos, para que con cargo a la póliza previsional, se reconozca y pague la prestación económica a que hubiere lugar, limitándola hasta el día 540 de incapacidad, momento a partir del cual y de acuerdo con la normatividad vigente (Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015), el pago estará a cargo de Famisanar.

3. Pruebas que obran en el expediente 3.1. Copia de la historia clínica del señor Luis , en la que se registra entre los antecedentes patológicos el tratamiento que sigue el médico tratante por neurotoxoplasmosis, de acuerdo con su patología de base (VIH estadio 3) [23] .

3.2. El accionante anexa en original 15 incapacidades [24] prescritas por el médico tratante de Famisanar, con causal de negación “ La suma de días de incapacidades supera los 180 días Art.227 CST. Art.23 del Decreto 2463 de 2001.” 3.3.

Copia de la objeción de Colfondos respecto del trámite de pensión de invalidez del afiliado Luis , en la que le informan que no cumple el requisito de cincuenta (50) semanas cotizadas exigidas en la ley, pues entre el 18 de octubre de 2008 y el 18 de octubre de 2011, cotizó 37,29 semanas al Sistema General de Pensiones [25] .

3.4. Copia del fallo de tutela proferido por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá, mediante el cual se protegió el derecho fundamental de petición invocado por Luis contra Colfondos [26] .

3.5. El apoderado de Famisanar con la contestación de la tutela allegó como prueba, certificación de incapacidades [27] registradas a nombre de Luis “desde fecha inicial 16/03/11 hasta fecha final 07/06/2017”, discriminadas de la siguiente manera: “(i) del 16/03/2011 al 27/03/2011 días incapacidad 12; (ii) del 28/03/2011 al 24/04/2011 días de incapacidad 28; (iii) del 25/04/2011 al 09/05/2011 días de incapacidad 15; (iv) del 18/10/2011 al 16/11/2011 días de incapacidad 30; (v) del 12/01/2012 al 16/01/2012 días de incapacidad 5; (vi) del 20/03/2012 al 24/03/2012 días de incapacidad 5; (vii) del 22/05/2013 al 04/06/2013 días de incapacidad 14;

(viii) del 24/09/2013 al 25/09/2013 días de incapacidad 2; (ix) del 03/10/2013 al 07/10/2013 días de incapacidad 5; (x) del 17/10/2013 al 20/10/2013 días de incapacidad 4; (xi) del 28/10/2013 al 29/10/2013 días de incapacidad 2; (xii) del 07/11/2013 al 06/12/2013 días de incapacidad 30; (xiii) del 07/12/2013 al 04/01/2014 días de incapacidad 29; (xiv) del 05/01/2014 al 03/02/2014 días de incapacidad 30; (xv) del 04/02/2014 al 04/03/2014 días de incapacidad 29; (xvi) 05/03/2014 al 03/04/2014 días de incapacidad 30; (xvii) del 04/04/2014 al 22/04/2014 días de incapacidad 19; (xviii) del 23/04/2014 al 03/05/2014 días de incapacidad 11; (xix) del 04/05/2014 al 07/06/2017 incapacidades continuas por 30 días .

” Según se observa en la misma certificación, en la columna de “Estado” se relacionan como pagadas las incapacidades generadas del “16/03/2011 al 22/06/2016” y las expedidas en el periodo del “23/06/2016 al 07/06/2017” no se pagaron [28] .

3.6. Copia de formato “CONCEPTO DE REHABILITACIÓN EXPEDIDO POR LA EPS PARA EL TRAMITE DE PENSIÓN [29] ”. Según se observa, sin diligenciar completamente. El médico especialista en medicina laboral, además de registrar los datos generales del paciente, anota que “ NO SE CUENTA CON REPORTES DE HISTORIAS CLINICAS SUFICIENTES DE IPS PRIMARIA PARA EMITIR UN CONCEPTO DE REHABILITACIÓN ”. En el aparte “D” del numeral 4 “PRONÓSTICO DE RECUPERACIÓN FUNCIONAL” se lee: “D. Con base en lo anterior ¿cuál es en su opinión, el pronóstico de recuperación funcional cuando termine el tratamiento pendiente? Favorable: No Favorable:”, sin diligenciar.

3.7. Copia de un oficio firmado por el “Director de Medicina de Trabajo” de Famisanar, dirigido a Colfondos el 12 de diciembre de 2014 [30] , “Envío expediente Luis con C.C. xxx” en el que dice “remitir el concepto de rehabilitación, carta de remisión al Fondo, certificación de incapacidades al cumplir los 180 días de incapacidades de nuestro afiliado”, sin embargo, no cuenta con algún radicado o sello de recibido, que permita inferir que se remitió y/o notificó (como se afirma).

4. Decisión judicial objeto de revisión 4.1. Sentencia de única instancia El Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, en sentencia del 13 de junio de 2017, resolvió negar el amparo a los derechos fundamentales invocados teniendo en cuenta que lo que se reclama es un derecho de índole económico respecto del cual existe un trámite ante la justicia ordinaria. Adicionalmente, consideró que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que obligue a conceder la prestación reclamada.

B. Expediente T-6.262.895 1. Hechos y solicitud El señor Armando , a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (en adelante AFP Protección) y la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- (en adelante Colpensiones), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital. Como fundamento de la solicitud, expone los siguientes hechos.

1.1. Afirma el señor Armando que ha realizado aportes al sistema de seguridad social como trabajador independiente, y que en el año 2000 fue diagnosticado con VIH positivo, medicado con retrovirales.

1.2. Indica que en el año 2008 tuvo que ser operado de varias hernias sobre las cuales le colocaron unas mallas retenedoras que no le permiten hacer fuerza, ni caminar y le ocasionan dificultad para respirar.

1.3. Fue calificado inicialmente por la Comisión Médico Laboral de Servicios de Salud IPS Suramericana S.A. (en adelante IPS SURA), el 29 de noviembre de 2014, con disminución en la capacidad laboral del 68% y se estableció como fecha de estructuración de invalidez el día 26 de octubre de 2007.

1.4. Señala que una vez Protección conoció la calificación, anuló su afiliación alegando que para la época en que se trasladó de régimen, ya tenía estructurada la enfermedad y por lo tanto, es la administradora a la que se encontraba afiliado (Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones), la que debe asumir la obligación de reconocimiento y pago de la pensión que se pretende.

1.5. Sostiene que una vez activo como usuario, Colpensiones ordenó realizar una nueva calificación ante la junta médica de la entidad, la cual emite el día 29 de mayo de 2015 un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 43,39%, porcentaje que dista del que en su momento considerara el fondo privado.

1.6. Dentro del término establecido, dice el accionante, instauró recurso de apelación contra el dictamen que disminuye el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sin obtener respuesta a la fecha.

1.7. Considera vulnerados sus derechos fundamentales pues no está en capacidad para laborar y proveer su mínimo vital, y es su progenitora, ya de avanzada edad, quien paga la seguridad social para que no esté desamparado del sistema de salud.

1.8. Solicita ordenar a Protección reafiliarlo al sistema, calcular y pagar la pensión de invalidez a la que tiene derecho, con retroactivo a la fecha de estructuración establecida por la comisión médico laboral -26 de octubre de 2007-, ya que para la fecha en la que lo calificaron (29 de noviembre de 2014) estaba activo en ese régimen desde el 1° de enero de 2010. De no proceder la anterior petición, solicita ordenar a Colpensiones mantener el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por la IPS SURA y empezar a pagar la pensión de invalidez.

2. Contestación de acción de tutela Mediante auto del 15 de marzo de 2017, fue admitida la demanda de tutela, se ordenó correr traslado a la AFP Protección y a Colpensiones, para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda y aportaran las pruebas que consideraran pertinentes.

2.1. AFP Protección El representante legal de la AFP Protección [31] precisó en la contestación de la tutela que “el señor Armando estuvo afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección S.A., desde el 1° de enero de 2010 como traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones” . Agregó que el 3 de diciembre de 2013, tal y como afirma el tutelante, presentó solicitud de pensión de invalidez y/o pago de incapacidades por enfermedad de origen común, razón por la que fue remitido a la Comisión Médico Laboral de la IPS SURA con quien la AFP Protección tiene contrato de prestación de servicios, para que fuera evaluado y se determinara su pérdida de capacidad laboral.

La Comisión Medico Laboral estableció una pérdida de capacidad laboral del 68% de origen común, con fecha de estructuración 26 de octubre de 2007, dictamen que se encuentra en firme por no haberse recurrido. Así las cosas, señalo el apoderado, “considerando que el señor Armando es calificado como inválido desde el 26 de octubre de 2007, fecha anterior a la de afiliación al Fondo administrado por Protección, será la administradora de pensiones con afiliación vigente para esa fecha, la que deba asumir la obligación de reconocimiento y pago de la pensión pretendida, es decir, la afiliación realizada por el actor el 1° de enero de 2010, no surte efectos jurídicos, según lo establecido en los artículos 41 y 42 del Decreto 1406 de 1999 [32] .

” Alegó que la administradora de pensiones que representa no ha transgredido los derechos fundamentales del peticionario, “ya que el siniestro no estaba cobijado por el Seguro Previsional de ese Fondo de Pensiones, toda vez que el señor Armando no se encontraba válidamente afiliado a Protección S.A, y mucho menos efectuaba aportes a cargo de

Protección para la fecha de invalidez, por lo cual no puede reconocer una prestación que corresponde asumirla a la Administradora en la cual se encontraba afiliado, esto es, Colpensiones.” Finalmente, señaló que la acción pretendida es improcedente, pues el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.2. Colpensiones El 17 de marzo de 2017 [33] , la Gerente Nacional de Defensa Judicial de Colpensiones, indicó que verificado el sistema de información de la entidad, el señor Armando no se encuentra afiliado a esa administradora. Por el contrario, se determinó que se encuentra afiliado a Protección [34] .

Por consiguiente adujo, que el hecho vulnerador no se ha configurado en la medida en que el derecho pensional no ha sido reclamado ante la entidad y Colpensiones no se ha pronunciado dentro de los términos de ley. De manera que la ausencia de la petición significa a su vez la inexistencia de la acción u omisión en cabeza de la entidad, hecho que resulta determinante para declarar la improcedencia de la acción impetrada por el señor Armando .

3. Pruebas que obran en el expediente 3.1. Copia de la notificación del dictamen sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitido por la AFP Protección el 15 de diciembre de 2014, en el que la Jefe de Área de Prestaciones informa al señor Armando que la IPS SURA con base en la documentación aportada con la solicitud de pensión de invalidez, calificó su caso con el 68% de pérdida de capacidad laboral, de origen enfermedad común, con fecha de estructuración el 26 de octubre de 2007 y le indica los recursos que proceden en caso de presentar desacuerdo con la calificación.

A este documento se anexó el dictamen de pérdida de capacidad laboral con su respectiva sustentación [35] . 3.2. Copia de la comunicación dirigida al señor Armando con fecha 18 de marzo de 2015, en la que la AFP Protección le informa que procederá a anular su vinculación con la administradora porque no le corresponde el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada, teniendo en cuenta que la fecha en que se estructuró el siniestro (26 de octubre de 2007) es anterior a la vinculación con ésta entidad (1° de enero de 2010), lo que supone que el traslado de régimen es susceptible de nulidad, y que lo que procede, entonces, es efectuar la devolución de los aportes acreditados en este Fondo a Colpensiones, entidad a la que corresponde el reconocimiento de la prestación económica solicitada.

3.3. Copia de la notificación del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral entregado al señor Armando el 29 de mayo de 2015, en el que le informan que el Grupo Médico Laboral de Colpensiones determinó una pérdida de capacidad laboral de 43,39% de origen enfermedad y riesgo común, con fecha de estructuración 26 de noviembre de 2014, según criterios establecidos en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez adoptado por Decreto 1507 de 2014. Como anexo se encuentra copia del dictamen [36] .

3.4. Copia del recurso de apelación interpuesto por el accionante, objetando la valoración y calificación efectuada por el médico laboral adscrito a Colpensiones, al considerar que desconoce los antecedentes de su estado de salud, así como la calificación que previamente realizó Protección [37] .

3.5. Copia de derecho de petición dirigido a Colpensiones, con fecha 15 de septiembre de 2016 [38] , en el que el señor Armando solicitó realizar el trámite de pensión de invalidez con retroactivo a 26 de octubre de 2007 y se proceda a gestionar concepto ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión 4.1. Primera Instancia El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 29 de marzo de 2017, resolvió tutelar y conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por Armando y, en consecuencia, ordenó a la AFP Protección reconocer y pagar la pensión de invalidez del actor. En su decisión, el juez de instancia tuvo en cuenta el tratamiento especial de las personas portadoras del VIH en diversos ámbitos de protección, en cuanto el estado de debilidad manifiesta e indefensión como consecuencia del deterioro en su salud.

Con base en precedentes de la Corte Constitucional y, tomando como referente la sentencia T-801 de 2011 [39] , concluyó que “La AFP PROTECCIÓN PENSIÓN Y CESANTIAS es la última entidad a la que el accionante efectivamente estuvo afiliado desde el día 1° de enero de 2010, fecha en la cual el peticionario reportó traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y su afiliación a PROTECCION se hizo efectiva a partir de esa fecha. De igual manera, a pesar de que se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 26 de octubre de 2007, sólo hasta el 29 de noviembre de 2014, es decir, siete (7) años después, se calificó la invalidez, lo que tiene sentido en el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor padece una enfermedad degenerativa y a pesar de los síntomas siguió cotizando al Sistema General de Pensiones, hasta el momento en que definitivamente su enfermedad (sic) no puede continuar trabajando, teniendo que solicitar la calificación de pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez. No puede perderse de vista que el peticionario se afilió a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. hace 9 años, y que la calificación se realizó cuando el peticionario se encontraba en dicho Fondo.” Finalmente consideró que “el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo exige el Decreto 917 de 1999, el 29 de noviembre de 2014, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que siguió laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones, durante 7 años aproximadamente”.

Igualmente, señaló que, a pesar de que las entidades administrativas están legitimadas para imponer los requisitos tendientes a obtener diversas prestaciones económicas, los mismos no pueden tornarse en trabas infranqueables para los usuarios, ya que terminan violando sus derechos fundamentales. En ese orden de ideas, lo que se procura es que no se trasladen al trabajador las dudas que existan sobre los responsables de las prestaciones que se pretenden obtener bajo el pretexto de garantizar el principio de legalidad. Es por lo anterior que determinó que la AFP Protección es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la prestación solicitada, porque fue la última entidad a la que el accionante estuvo afiliado y en la que se encontraba efectivamente vinculado al momento de la solicitud de calificación.

4.2. Impugnación El 4 de abril de 2017, el representante judicial de la AFP Protección, impugnó el fallo de instancia [40] . El apelante reiteró los argumentos que en su defensa expuso en la contestación de la acción de tutela. Alegó que la entidad que representa “solo tiene a cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas por los siniestros y contingencias ocurridos durante la efectividad de la afiliación del accionante al mismo, situación que no ocurrió en el caso del señor Armando, ya que la fecha del siniestro es anterior a su vinculación con este Fondo de Pensiones, lo que supone que este traslado fue susceptible de nulidad, toda vez que el citado señor, según el dictamen emitido por la comisión médico laboral, tenía estructurada su invalidez al momento de producirse el traslado de Régimen Pensional.” En lo que respecta al dictamen proferido por Colpensiones, adujo que nunca fue notificado a su representada situación que “violenta flagrantemente el derecho al debido proceso, contradicción y doble instancia.” Solicitó revocar la decisión de primera instancia, insistiendo en que el señor Armando no es un afiliado de la AFP Protección sino de Colpensiones. De igual manera, sugirió ordenar una nueva calificación de la merma de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como ente idóneo, imparcial y ajeno a la acción.

De manera subsidiaria, demandó disponer de forma expresa que el efecto del fallo es transitorio y ordenar al señor Armando que dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de expedición de la sentencia, proceda a efectuar demanda ordinaria laboral para que en esa jurisdicción se declare si el accionante ostenta o no la calidad de inválido, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y quién sería la entidad competente para asumir algún tipo de prestación económica.

4.3. Segunda instancia La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo emitido el 8 de mayo de 2017, revocó la sentencia de primera instancia [41] .

La Sala consideró que no se cumplen los presupuestos para que el amparo sea procedente. Respecto del requisito de inmediatez, en razón a que "la notificación de los respectivos dictámenes de la AFP Protección y Colpensiones acaecieron para el 8 de diciembre de 2014 y 29 de mayo de 2015 respectivamente, y la acción de tutela fue presentada el 10 de marzo de 2017", periodo que excede el tiempo razonable para la presentación de la acción.

Señaló igualmente que si bien el accionante es un sujeto de especial protección constitucional en estado de debilidad manifiesta por la pérdida de capacidad laboral, no acreditó sufrir un perjuicio irremediable por el no reconocimiento del derecho a la pensión. Concluyó además que el actor cuenta con la acción laboral para hacer efectivo su derecho, en la medida en que la discusión suscitada es de carácter legal y no constitucional.

En cuanto a los requisitos legales para acceder a la prestación de invalidez, determinó que no se acreditó que el accionante hubiese cotizado las 50 semanas exigidas para el trienio anterior a cualquiera de las fechas de estructuración establecidas por las convocadas y en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa tampoco cumple los requisitos para aplicar la Ley 100 de 1993, entre ellos, el de encontrarse cotizando al momento del tránsito legislativo. Así, para la Sala, al no encontrar reunidos los requisitos de subsidiariedad, la acción resulta improcedente.

C. Actuación surtida en sede de revisión Mediante Auto del 26 de septiembre de 2017, la Magistrada Sustanciadora, en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, solicitó las siguientes pruebas:

PRIMERO.- ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito al señor Armando y a su apoderado, para que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente auto informe:

(i) cuál es su situación económica actual; (ii) cuál es su núcleo familiar; (iii) si percibe algún ingreso económico; y (iv) cómo ha sufragado sus gastos básicos durante el tiempo que no ha laborado.

SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General se oficie por el medio más expedito a Colpensiones (Carrera 15 No. 94-61, Bogotá) y a la AFP Protección (Transversal 60 No. 115-58 Torre B L-102-103, en Bogotá) para que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente auto informe el estado de afiliación actual del señor Armando y allegue copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones, por el mismo.

1. El señor Armando en escrito de fecha 9 de octubre de 2017 respondió el requerimiento en los siguientes términos: Afirma (i) que su situación económica no es muy buena, que vive de la caridad de las personas cercanas como familiares y amigos y que ha perdido mucha de su dignidad humana;

(ii) que su núcleo familiar está compuesto por su esposa, su hijo y su nieta, la cual está bajo su cuidado después de la muerte de su hija; (iii) que desde hace mucho tiempo no percibe ningún ingreso ya que en ningún lugar le dan trabajo por su estado de salud y que las cirugías que tiene no le permiten trabajar; (iv) que cuenta con el apoyo de su esposa quien trabaja en servicios generales y recibe un salario de $736.000 más prestaciones y que viven en la casa familiar de su esposa, razón por la que no pagan arriendo. Agrega que es su señora madre, quien tiene 78 años, le regala todos los meses el pago de la seguridad social, para no quedar desamparado de los "medicamentos retrovirales y exámenes que le ordena su médico, además de todo lo que corresponde con los programas de VIH tales como carga viral C4 defensas, etc.".

Sus cuñados y hermanos, cuando pueden, les colaboran con mercado o con lo que pueden. 2. Mediante oficio BZ2017_11100769-2864977 el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, informó al Despacho que la "Dirección de Afiliaciones después de haber verificado las bases de datos de Colpensiones y la base de datos de Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP, encuentra que el señor Armando presenta un presunto estado de multivinculación. En razón de lo anterior se requiere que COLPENSIONES realice con la AFP PROTECCION, en donde se encuentra simultáneamente vinculado el accionante

las validaciones necesarias en la bases de datos o comité de multivinculación, para poder determinar la administradora a la cual se encuentra válidamente afiliado. Una vez se valide y se determine al régimen que pertenece se informará al accionante la decisión adoptada.” Se allega como anexo copia del resumen de semanas cotizadas por el empleador en la que se relacionan los siguientes datos relevantes: Fecha de afiliación:

20/05/1993 ; Estado afiliación: Trasladado ; Total semanas cotizadas: 71,43 desde 20/05/1993 hasta 01/10/1994 , según los pagos efectuados por sus empleadores y los realizados a título de trabajador independiente.

La AFP Protección guardó silencio frente al requerimiento. II. CONSIDERACIONES 1. Competencia y procedibilidad La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional , en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de referencia.

2. Procedibilidad de la acción de tutela 2.1. De acuerdo con lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política [42] , en armonía con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 [43] , en el presente asunto se encuentra acreditada la legitimación por activa de los señores Luis , quien actúa en causa propia, y Armando, quien ejerce su derecho a través de apoderado judicial.

2.2. L a legitimación por pasiva [44] se cumple a cabalidad, toda vez que a las entidades que fungen como demandadas en los fallos materia de revisión se les atribuye la vulneración de los derechos alegados por los peticionarios. Por consiguiente, se encuentran legitimadas para resolver la reclamación [45] .

2.3. Frente al principio de inmediatez, previene el precitado artículo 86 de la Carta Política, que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.

Esta Corporación ha sostenido que “ cuando se pretende el reconocimiento de un derecho de carácter pensional, el requisito de inmediatez debe tenerse por cumplido siempre, dado que se trata de ‘una prestación periódica de carácter imprescriptible’ que compromete de manera directa el mínimo vital de una persona. Por consiguiente, las solicitudes relacionadas con su ‘reconocimiento guardan constante actualidad y se pueden efectuar en cualquier tiempo ’ [46] ”, máxime, cuando se trata de personas en estado de invalidez para quienes el acceso a una prestación es una necesidad apremiante, dado que “por su condición ven menguada la posibilidad de acceder al mercado laboral, de satisfacer su mínimo vital y, a la vez, la posibilidad de garantizar el acceso a un tratamiento de salud riguroso y constante, como por lo general exige su discapacidad [47] ”.

En tal sentido, se ha señalado que “resultaría desproporcionado privar a sus destinatarios de la posibilidad de buscar su respeto en cualquier momento, sometiéndolos, por el contrario, a un perpetuo estado de desamparo que atentaría contra la dignidad humana [48] ”.

El asunto en revisión plantea la vulneración de los derechos fundamentales de pacientes diagnosticados con VIH en estadio C3 (SIDA), enfermedad catalogada como ruinosa, catastrófica y de alto costo, lo que los convierte en sujetos de especial protección “dada la condición de vulnerabilidad en que se encuentran, originada en el padecimiento grave, progresivo y mortal derivado de la enfermedad que afrontan, por lo que el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social debe ser reforzado [49] ” .

Puestas de presente las especiales condiciones de los tutelantes, así como la posición jurisprudencial frente al tema en debate, debe tenerse por cumplido el requisito de inmediatez [50] .

2.4. Siguiendo los parámetros constitucionales de protección especial a personas con alteración grave en sus condiciones de salud, se reitera la postura de la Corporación respecto del carácter fundamental del derecho a la seguridad social susceptible de protección por vía de tutela solo cuando “(i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o

deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales [51] ”.

Tratándose de derechos de carácter prestacional y particularmente de la pensión de invalidez, se ha determinado que en los casos de sujetos de especial protección constitucional “los mecanismos ordinarios carecen de idoneidad y eficacia debido a la carga económica y al prolongado paso del tiempo que implican, criterios bajo los cuales se ha concluido la idoneidad de la tutela para el estudio del reconocimiento de la prestación o beneficio de que se trate [52] ”.

En efecto, someter e imponer una carga procesal –judicial y administrativa-, cuando no resulta idónea para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta desproporcionado y supone agravar las condiciones socioeconómicas de una persona en situación adversa. Así las cosas, la Corporación ha concluido que “ exigir idénticas cargas procesales [tanto a las] personas que soportan diferencias materiales relevantes [como a las que] no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones ” [53] .

Por esta razón la Corte ha precisado que el juez constitucional puede conceder el reconocimiento y pago de prestaciones económicas que derivan de una pensión, de manera definitiva, si del material probatorio se puede concluir que “(i) el actor es sujeto de especial protección constitucional [54] , (ii) lo pretendido constituye el único sustento del peticionario y su núcleo familiar de tal manera que al negarlo se comprometería de manera grave su mínimo vital [55] , y (iii) los requisitos legales exigidos para el reconocimiento prestacional se cumplen en el caso concreto [56] ” [57] .

Tras evaluar los criterios expuestos, determina la Sala que la acción de tutela interpuesta por los señores Luis [58] y Armando [59] procede como mecanismo definitivo por cuanto: (i) acreditan su condición de pacientes con diagnóstico de VIH en estadio C3 (SIDA), respectivamente, con secuelas por neurotoxoplasmosis [60] (lo que ocasiona movimientos coreicos de miembros superiores y marcha atáxica) y hemicolectomía derecha e ileostomía con colocación de malla [61] (produce limitación en los movimientos y restringe la realización de actividades de fuerza), circunstancias que permiten catalogarlos como sujetos de especial protección constitucional; (ii) es evidente el estado de debilidad manifiesta de los tutelantes, teniendo en cuenta que las limitaciones significativas en su salud han menguado su capacidad para laborar [62] , lo que impide el acceso a una fuente de ingresos propia para solventar sus necesidades básicas, de manera que negarles la prestación que por pensión de invalidez reclaman afecta de manera continua y directa sus derechos fundamentales; (iii) como se expondrá en la resolución del caso concreto y según se verifica en los respectivos expedientes, además de cumplir el porcentaje de invalidez superior al 50%, se acreditan los aportes realizados al sistema [63] .

De esta manera, se desestima la acción ordinaria para dirimir la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados. 3. Problema jurídico 3.1.

Corresponde a la Sala de Revisión determinar al amparo del referente constitucional, el régimen jurídico aplicable a las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 540 días; en esa medida estudiar si es procedente contabilizar las semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, para establecer, previa la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, (i) el cumplimiento de los requisitos para conceder la pensión de invalidez a un afiliado diagnosticado con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas;

y (ii) si son oponibles las controversias administrativas entre las entidades del sistema de seguridad social al titular del derecho a la pensión de invalidez, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

En el expediente T- 6.280.613 se debe analizar si Famisanar y Colfondos, desconocieron los derechos fundamentales del señor Luis, al no efectuar el pago de las incapacidades médicas generadas desde el 1° de junio de 2015 y negar el reconocimiento de la pensión de invalidez por no haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sin tener en cuenta las semanas cotizadas por el accionante con posterioridad a esa fecha.

Igualmente, en el expediente T-6.262.895 se debe resolver si la AFP Protección y Colpensiones quebrantaron los derechos fundamentales invocados por el señor Armando al negarle el reconocimiento y pago de la pensión que por invalidez solicita, alegando controversias de tipo administrativo sin que asuma alguna de ellas la titularidad de la prestación reclamada.

Protección aduce que si bien el accionante al momento de ser calificado estaba afiliado a esa administradora, para la fecha de estructuración de la invalidez (26 de octubre de 2007), estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), por lo que debe ser este el fondo que reconozca y pague la pensión. Colpensiones señala que la obligación es de la AFP Protección, pues fue la entidad que reportó el traslado al régimen de ahorro individual del demandante y, además, se encuentra afiliado a esa administradora desde enero del año 2010.

3.2. Para resolver los problemas jurídicos planteados en los casos sujetos a estudio, la Sala examinará los siguientes lineamientos: (i) el marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades laborales superiores a 540 días, (ii) el precedente aplicable para conceder la pensión de invalidez a quienes han sido diagnosticados con enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas y (iii) la responsabilidad de las administradoras de pensiones en el reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales.

4. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades laborales superiores a 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política establece, en su artículo 48, que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas.

El Sistema de Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud [64] , cuya regulación se enmarca en el artículo 49 Superior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993 [65] , la Ley 1122 de 2007 [66] , la Ley 1438 de 2011 [67] y la Resolución No. 5521 de 2013, entre otras disposiciones.

En principio, se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos [68] .

Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental. Por medio de la sentencia T-760 de 2008 [69] , la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

” [70] El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley 1751 de 2015 [71] , en cuyo Artículo 2° se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

En el marco de regulación del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra la Ley 100 de 1993 [72] , orientada a “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan” (art.1°).

El servicio público esencial de seguridad social “se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad [73] , unidad y participación” (artículo 2) , en aras de “ g arantizar las prestaciones económicas

y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema" (artículo 6, literal 1).

Esa garantía de protección se refleja en el reconocimiento económico ante una contingencia generada por accidente de trabajo [74] , o una enfermedad profesional [75] o general [76] que incapacite al trabajador [77] . Cuando esto sucede, el auxilio otorgado como subsidio por incapacidad se convierte en un sustituto del salario del trabajador durante el tiempo en el cual se encuentra al margen de sus labores.

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que "las sumas líquidas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad, vienen a sustituir el salario" , pues "constituyen la garantía de que el tiempo necesario para su recuperación transcurrirá de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando de paso su subsistencia en condiciones dignas, tal como lo establece el artículo 53 de la Carta Política [78] " . Esta posición jurisprudencial se ha establecido en salvaguarda de los derechos fundamentales [79] de los trabajadores dependientes e independientes a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital.

Ahora bien, para el reconocimiento y pago de dicha incapacidad se debe tener en cuenta el criterio médico [80] para definir el número de días que estará cesante el trabajador y, de acuerdo con ello, precisar a cargo de quién se encuentra esa contraprestación.

En ese entendido y de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 , compete al empleador cubrir los dos (2) primeros días de inhabilidad laboral y a las EPS [81] del día 3 hasta el día 180. Según dispone el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 "el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS ." Cuando persiste la incapacidad y excede los 180 días, señala el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 que "corresponde a la EPS examinar al afiliado y emitir concepto de rehabilitación, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) a la AFP donde se encuentre afiliado el trabajador, de no hacerlo, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto." Si el concepto de rehabilitación es favorable, la AFP, "con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador (artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012). Se determina, por el contrario, que si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva.

Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad. Con base en las disposiciones expuestas, la Corte consolidó un precedente ante la situación de desprotección que presentaban los asegurados con incapacidades superiores a los 540 días, toda vez que la norma no contempló este evento [82] .

No obstante, ese vacío legal fue advertido por el Congreso de la República, y a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, se adaptó la p olítica de atención integral en salud, que contempló como garantía para el adecuado manejo y flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la creación de una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado encargada de administrar los recursos del Sistema, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio independiente.

Los recursos serán destinados, entre otros, a " El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.

El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

[83] " (Subrayado propio). Regulada la restricción normativa para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, se deja claro que el legislador atribuyó esa responsabilidad a las EPS, sin perjuicio de que puedan adelantar el recobro de las sumas reconocidas por ese concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin embargo, esta Corporación advierte que la norma no previno un régimen de transición que permitiera solucionar la situación de los afiliados a los que se les causó incapacidad con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015.

En esa medida, la Corte considera que la aplicación del artículo 67 de la norma en cita genera un trato desigual para las personas cuya incapacidad fue emitida con anterioridad a su vigencia, y aquellas con incapacidad expedida con posterioridad.

Acorde con lo expuesto, la Corte Constitucional, en sentencia T-144 de 2016 [84] , ordenó la " aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional".

En su análisis consideró que " el déficit de protección anunciado por las distintas Salas de Revisión de Tutelas sí advertía que esa situación normativa, dejaba a ciertas personas en condiciones de vulnerabilidad y exclusión".

En esa medida señaló: "(…) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal." La anterior posición se reiteró en Sentencias T-401 de 2017 y T-200 de 2017 [85] , donde esta Corporación señala "que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto "(…) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (…)." No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015 daba cuenta del déficit de protección para incapacidades que excedían los 540 días consecutivos, en las sentencias referidas se entiende que tal circunstancia ha

sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

5. Precedente aplicable para conceder la pensión de invalidez a quien ha sido diagnosticado con alguna enfermedad degenerativa, crónica o congénita. Reiteración de jurisprudencia.

Según establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, m odificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 019 del 10 de enero de 2012, e l estado de invalidez " será determinado con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral" . Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a Colpensiones, a las administradoras de riesgos profesionales -ARP-, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, en una primera oportunidad, definir la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

La determinación de que trata el anterior aparte, respecto a la pérdida de capacidad laboral [86] , se determina con base en la evolución de las secuelas que ha dejado la enfermedad, y la fecha de estructuración de la invalidez [87] , cuya definición es de particular importancia, por cuanto precisa el momento en el cual se consolida el derecho a exigir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, de acuerdo a la normatividad vigente.

En este punto es importante resaltar que el régimen de seguridad social contempla dos requisitos generales para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común. El primero tiene que ver con la calidad de inválido, esto es, que el afiliado haya perdido su capacidad laboral en más de un 50% y no pueda desarrollar una actividad productiva y, por lo tanto, requiera de la asistencia del sistema para poder atender sus necesidades. Como segundo requisito se estipula una exigencia de cotización mínima de cincuenta (50) semanas al sistema, dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (artículo 1° de la Ley 860 de 2003).

Ahora bien, puede ocurrir que l a disminución de la capacidad laboral se ocasione por una enfermedad o un accidente común que afecta de manera inmediata las capacidades productivas de una persona. En tal caso, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho, lo cual no genera ningún problema cuando se trata de determinar el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez. Pero cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, puede diferir la fecha en la que se pierde la aptitud para trabajar de la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó esta mengua.

Cabe precisar que la Corte Constitucional, en consideración al trato preferencial que ampara a las personas diagnosticadas con VIH/SIDA [88] como sujetos de especial protección constitucional, ha abordado el tema de manera flexible. En su análisis ha considerado que en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues , el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez [89] .

En sentencia de unificación SU-588 de 2016 [90] , la Corte, acopiando lineamientos de diferentes salas de revisión, analizó [91] , entre los supuestos, el que se refiere a “aquellos casos en los cuales las personas con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, una vez calificados, se dirigen directamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, encontrándose con una respuesta negativa, argumentando que no acreditan los requisitos contenidos en la 100 de 1993, tal y como fue modificada por la Ley 860 de 2003, es decir que, no cuentan con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o, en su defecto, no cumplen con las condiciones exigidas por la norma vigente para ese momento, desconociendo, de esta manera, la capacidad laboral residual que posiblemente les permitió desempeñar una función y, en esa medida, trabajar.” Señaló, en concreto, “que no es racional ni razonable que la Administradora de Fondos de Pensiones niegue el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, tomando como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el día del nacimiento, uno cercano a este, el momento en el que se presentó el primer síntoma o la fecha del diagnóstico, desconociendo, en el primer caso, que para esa persona era imposible cotizar con anterioridad a su nacimiento y, en el segundo y tercero que, pese a las condiciones de la enfermedad, la persona pudo desempeñar una labor y, en esa medida, desechando las semanas aportadas con posterioridad al momento asignado en la calificación” . Además reiteró que “negar el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, con fundamento en lo anterior, implicaría asumir que las personas en situación de discapacidad, en razón de su estado de salud, no pueden ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y que, en esa medida, nunca podrán aspirar a un derecho pensional, postulado que a todas luces es violatorio de tratados internacionales, inconstitucional y discriminatorio.” Con fundamento en lo anterior, recordó las reglas que deben ser tenidas en cuenta por las AFP al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a saber:

“31.1. Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con el momento del nacimiento, con uno cercano a éste, con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento. En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.” Se soporta el anterior postulado en el hecho de que los efectos de las enfermedades degenerativas y crónicas aparecen paulatinamente y gradualmente causan mengua en la fuerza laboral, por lo tanto, es factible que las características progresivas de la enfermedad permitan a la persona prestar su capacidad laboral hasta que el nivel de la afectación impida de manera cierta su desempeño. Por lo general, e n estos casos, las personas cuentan con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que fijó la autoridad médico laboral. Por ello, esta Corporación ha precisado que, una vez se determina que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones, verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez “(i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.” “31.3. Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.” Las reglas antepuestas fueron reiteradas en la SU-588 de

2016 [92] , interpretadas e inspiradas en los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad, “así como en el deber de garantizar el acceso al trabajo por parte de las personas en situaciones como las planteadas, ya que como se estableció en párrafos anteriores, no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de estas personas, pero impida que accedan a las garantías propias de los trabajadores, desconociendo entonces, la capacidad laboral residual con la cual cuentan.” La sentencia de unificación enfatiza la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional y señala que “La jurisprudencia proferida por los órganos de cierre de cada jurisdicción, tiene fuerza vinculante para los jueces, en la medida en que, es proferida en ejercicio de la función constitucional de unificación, con la finalidad de darle coherencia y seguridad al ordenamiento. Ahora bien, esta Corte ha advertido en diferentes oportunidades que, además de resultar vinculante para las autoridades judiciales, la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes del país también es vinculante para las demás autoridades públicas, en tanto que, estas últimas están obligadas a cumplir y a respetar cada uno de los principios consignados en la Constitución, dentro de los cuales se encuentran la igualdad ante la Ley, el debido proceso, el principio de legalidad y, por supuesto, la supremacía de las normas consignadas en la Constitución Política [93] .” Se concluye, entonces, que cuando las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas , solicitan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez (independientemente del régimen pensional), corresponde a Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones verificar (i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa; (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual. Corroborado ello, deberá elegir el momento desde el cual aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003, esto es, la fecha en la que debe realizar el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. Dicho instante podrá corresponder al momento en que (i) se realizó la última cotización; (ii) el de la solicitud pensional; o (iii) el de la calificación, decisión que se fundamentará en el análisis previo de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante.

6. La responsabilidad de las administradoras de pensiones en el reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales. Reiteración de jurisprudencia.

El referente constitucional ha sido enfático en señalar que “los conflictos entre distintas administradoras de fondos de pensiones, sobre cuál es la que debe asumir el respectivo reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales, no puede ser trasladada al titular del derecho, mucho menos, cuando, (i) no está en duda la titularidad del derecho, (ii) el titular es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) depende del pago de la pensión, para satisfacer su mínimo vital y el de su familia [94] .” So pretexto de salvaguardar el principio de legalidad y algunas cargas empresariales o institucionales, no puede trasladarse al afiliado la incertidumbre sobre la responsabilidad y la definición de trámites administrativos tendientes al reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales reclamadas por el titular del derecho.

Se cita la sentencia T-691 de 2006 [95] en la que se consideró que: “La carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cual [sic] de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, cuando dicho titular depende del pago de la mesada para satisfacer el derecho al mínimo vital. En este último caso, para evitar que la persona titular del derecho resulte puesta en una situación de indignidad, debe operar el recurso jurídico que resulte más eficaz. Por ahora, dicho recurso parece ser la acción de tutela y su propósito no sería otro que el de impedir la vulneración continuada del derecho fundamental al mínimo vital y evitar que la persona afectada y su familia sean sometidas a sufrimientos o humillaciones desproporcionados e injustos por meras disputas interadministrativas. La carga de la incertidumbre sobre la

responsabilidad del pago de la pensión la asumen entidades fuertes, capaces de soportarla, y no adultos mayores que merecen un trato especial del Estado y de la sociedad y que por causas ajenas a su voluntad se verían sometidos a sufrimientos desproporcionados e injustos".

En igual sentido, se cita la sentencia T-799 de 2013 [96] , en la que la Sala de Revisión decidió, en cumplimiento del precedente constitucional, dar prevalencia a la protección de los derechos fundamentales " frente a otros intereses económicos –institucionales o particulares–, cuando se ven transgredidos por la incuria y el exacerbado formalismo de los entes administrativos, que actúan dentro del proceso de reconocimiento y pago de pensiones".

Por lo tanto, amparó el mínimo vital y la seguridad social de la accionante y ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez. No es exigua la jurisprudencia a través de la cual esta Corporación ha dado prevalencia al amparo de los derechos fundamentales, como el mínimo vital o la seguridad social, cuando se ven transgredidos por las entidades o empresas que conforman el Sistema de Seguridad Social. En esa medida ha señalado el precedente que "tales entidades no pueden olvidar que los requisitos establecidos por el legislador para el reconocimiento de derechos pensionales no pueden convertirse en una disculpa para actuar de manera indebida e inoportuna, cuando a sabiendas de que una persona acredita el tiempo y la edad requerida para obtener la prestación, utiliza esos mismos requisitos establecidos en la norma para imponer trabas al reconocimiento del derecho que se reclama. La imposición de trámites administrativos excesivos constituye entonces una traba injustificada e inaceptable para el goce efectivo de ciertos derechos fundamentales como la vida, la seguridad social, el mínimo vital y el derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales, carga que no debe recaer ni ser soportada por el interesado" (Sentencia T-412 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio).

Los planteamientos de la Corte Constitucional han dejado claro, que es obligación del Estado y de las entidades que a su nombre administran el sistema de pensiones proteger al sujeto débil de la mencionada relación jurídica, pues estas disponen de instrumentos eficaces para hacer valer sus intereses, mientras que el titular del derecho no; menos, cuando comporta condiciones de vulnerabilidad.

Con los elementos de juicio explicados, entrará la Sala a evaluar los asuntos puestos a consideración. III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO 1. Expediente T- 6.280.613 1.1.

El señor Luis actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra Colfondos y Famisanar, por considerar que le vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, salud, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, al negarle el pago de las incapacidades médicas generadas desde el 1° de junio de 2015, así como el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que no acreditó las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez exigidas en la ley.

1.2. Reclama el accionante como pretensión principal el pago de las incapacidades médicas generadas desde el 1° de junio de 2015 y, de manera subsidiaria, el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que dice tener derecho.

1.3. Con base en las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra probados los siguientes hechos: (i) el paciente fue diagnosticado con VIH en estadio C3 (SIDA); (ii) tiene secuelas por neurotoxoplasmosis desde octubre de 2011 (lo que ocasiona movimientos coreicos de miembros superiores y marcha atáxica); (iii) registra incapacidades discontinuas desde el 16 de marzo de 2011 hasta el 3 de mayo de 2014, fecha desde la cual ha sido incapacitado de manera ininterrumpida por periodos de treinta (30) días hasta junio de 2017 [97] ;

(iv) activo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de Famisanar en calidad de cotizante desde el 19 de abril de 2008 [98] , y (v) está calificado como inválido por pérdida de capacidad laboral en un 75%, con fecha de estructuración 18 de octubre de 2011 (cuando se registró y soportó compromiso neurológico por neurotoxoplasmosis) [99] .

1.4. En primer término, reclama el accionante el pago de las incapacidades médicas generadas desde el 1° de junio de 2015. Según se señaló en la parte motiva de esta sentencia, la determinación de la entidad obligada a pagar las incapacidades prescritas por enfermedad de origen común depende de l número de días que estará cesante el trabajador, definidos según criterio médico, a saber: compete al empleador cubrir los dos (2) primeros días de inhabilidad laboral, a las EPS del día 3 hasta el día 180, a las AFP del día 181 al 540 y posterior al día 540 a las EPS (art. 67 Ley 1753 de 2015).

De acuerdo con la certificación allegada como prueba por Famisanar [100] , el cotizante presenta incapacidades discontinuas desde el 16 de marzo de 2011 hasta el 3 de mayo de 2014, fecha desde la cual ha sido incapacitado de manera ininterrumpida por periodos de treinta (30) días hasta junio de 2017, alcanzando un total de 1.408 días de incapacidad de los cuales 1.040 fueron reconocidos por Famisanar [101] , según confirmó el apoderado general de la entidad en la contestación de la acción de tutela.

Afirmó igualmente que el accionante cuenta con concepto de rehabilitación expedido por Famisanar el 11 de febrero de 2014, con pronóstico de recuperación favorable, notificado a Colfondos el 12 de diciembre de 2014, atendiendo lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, según el cual “Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda” .

Contrario a lo afirmado por el apoderado, se acredita que el médico especialista en medicina laboral de Famisanar, NO diligenció el formato en el que debía emitir el concepto de rehabilitación, el profesional, según se observa, además de registrar los datos generales del paciente, anota que “ NO SE CUENTA CON REPORTES DE HISTORIAS CLÍNICAS (sic) SUFICIENTES DE IPS PRIMARIA PARA EMITIR UN CONCEPTO DE REHABILITACIÓN (sic)”. En el aparte “D” del numeral 4 “PRONÓSTICO DE RECUPERACIÓN FUNCIONAL” , se lee:

“D. Con base en lo anterior ¿cuál es en su opinión, el pronóstico de recuperación funcional cuando termine el tratamiento pendiente? Favorable:

No Favorable:” , sin diligenciar [102] . Cabe mencionar que dicho formato está fechado el 11 de febrero de 2014 y tiene la firma y el sello del especialista.

Además de la obligación de “emitir el concepto de rehabilitación” , la norma impone “enviarlo a la AFP donde se encuentre afiliado el trabajador” , carga que, contrario a lo afirmado, tampoco se cumplió. El oficio firmado por el “Director de Medicina de Trabajo” de Famisanar, dirigido a Colfondos el 12 de diciembre de 2014, en el que dice “remitir el concepto de rehabilitación, carta de remisión al Fondo, certificación de incapacidades al cumplir los 180 días de incapacidades de nuestro afiliado” , y que se aportó como prueba, no cuenta con algún radicado o sello de recibido, que permita inferir que se remitió y/o notificó.

Consagra el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 que “… C uando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto” . Colige entonces la Sala que al NO haber expedido Famisanar, el concepto favorable de rehabilitación, surgió para la entidad la obligación de “ pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto ” , como indica la norma transcrita. (Subrayado y negrilla propio) Ahora bien, entiende la Sala que Famisanar cumplió el deber de emitir y enviar el concepto de rehabilitación, hasta el 24 de marzo de 2017 , fecha en la que se radicó en Colfondos el oficio remitido por el “Departamento de Medicina Laboral de Famisanar” . Lo anterior

se infiere, de lo informado por la apoderada judicial de Colfondos en la contestación de la acción de tutela, en la que señaló que “el señor afiliado cuenta de acuerdo con lo evaluado por el médico tratante de su EPS con un pronóstico de Rehabilitación Desfavorable [103] ”.

Aunque dicho trámite se surtió por fuera del término establecido en la norma [104] , esto es emitir el concepto de rehabilitación “antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal” , y enviarlo “antes de cumplirse el día 150 a la administradora del fondo de pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador.” Así las cosas, se concluye que (i) Famisanar NO emitió el concepto de rehabilitación en el término establecido en la norma (“antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal”), y tampoco lo envió “antes de cumplirse el día 150 a la administradora del fondo de pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador” ; (ii) al no emitir el referido concepto, Famisanar asumió la obligación impuesta en el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, de “ pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto ” , aunque no la cumplió a cabalidad, por cuanto solo pagó las incapacidades generadas del “16/03/2011 al 22/06/2016”, esto es del día 3 hasta el día 1.040 [105] . Las incapacidades expedidas del “23/06/2016 hasta cuando emitió el concepto” , no las pagó; y (iii) el deber de emitir y enviar el concepto de rehabilitación, lo cumplió hasta el 24 de marzo de 2017 , fecha en la que radicó en Colfondos el oficio remitido por el “Departamento de Medicina Laboral” de la entidad [106] .

La Sala de Revisión considera que Famisanar vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud [107] , invocados por el señor Luis , (i) al no haber emitido y tramitado en febrero de 2014, el concepto de rehabilitación, toda vez que este constituye el requisito legal indispensable para que la administradora del fondo de pensiones califique la pérdida de la capacidad laboral, determine la fecha de estructuración de la enfermedad y evalúe la viabilidad de otorgar la pensión de invalidez [108] ; (ii) al haber suspendido el pago de las incapacidades generadas desde el 23 de junio de 2016, pues la norma impone “ pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal hasta cuando se emita el correspondiente concepto de rehabilitación [109] ” , lo cual ocurrió el 24 de marzo de 2017, fecha en la que tramitó el concepto de rehabilitación del demandante, según se explicó. La determinación de la entidad obligada al pago, sin duda alguna, menoscabó aún más la situación del accionante, teniendo en cuenta las circunstancias de salud que lo aquejan y lo apremiantes que resultan los recursos económicos en su caso.

Con base en los elementos probatorios allegados al caso y una vez se analice la pretensión subsidiaria de reconocimiento de la pensión de invalidez hecha por el demandante, la Sala de Revisión procederá a impartir las órdenes a que haya lugar.

1.5. El demandante solicita, así mismo, el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de Colfondos, entidad que le ha negado la solicitud por no cumplir con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Afirma el accionante en su demanda que en el año 2013 adquirió una enfermedad que le ha dejado secuelas físicas notorias y que por sus continuos quebrantos de salud el 23 de marzo de 2016 presentó ante Colfondos la documentación para que le fuera reconocida la pensión de invalidez.

No obstante, el 23 de junio de 2016 la entidad le notifica la negativa del reconocimiento pensional, argumentando que no cumple el requisito de cotización de 50 semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En efecto, revisado el oficio en el que Colfondos [110] responde el requerimiento del accionante, se evidencia que la referida AFP le informa lo siguiente:

“La Unidad de Previsionales de Colfondos S.A., dictaminó para su caso un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 75% de origen común, estableciendo como fecha de estructuración de la invalidez el día 18 de octubre de 2011 . El estudio demostró que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez No cumple el requisito de haber cotizado 50 semanas exigidas en la Ley, toda vez que durante el lapso de tiempo antes mencionado cotizó 37,29 semanas al Sistema General de Pensiones. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, Colfondos S.A., Objeta su solicitud de pensión de invalidez. Por lo anterior, y si se encuentra de acuerdo con la objeción de la solicitud de pensión de invalidez, la Sociedad Administradora procederá a devolver los dineros que se encuentran acreditados en su cuenta individual de ahorro pensional más los rendimientos generados, toda vez que para el presente caso no hay derecho a bono pensional.” (Resaltado del texto) En ese contexto, para la Sala es claro que la negativa al requerimiento del demandante es contraria a la garantía efectiva del derecho fundamental a la seguridad social de sujetos en situación de debilidad manifiesta. Como se expuso en la parte motiva del presente fallo, esta Corporación ha establecido que, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una “capacidad laboral residual” que, sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva.

Ahora bien, esta Sala procederá a aplicar en el presente caso las reglas [111] que deben ser tenidas en cuenta por las AFP al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, como lo es el señor Luis, para así determinar si el demandante cumple con los requisitos para acceder al beneficio pensional.

Veamos: “ (i) Que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa. ” En efecto, se encuentra probado que el accionante fue diagnosticado como paciente con VIH/SIDA, con secuelas por neurotoxoplasmosis.

“ (ii) Que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas.

” Se encuentra probado que Luis , a la fecha, tiene su vínculo laboral vigente y que se han efectuado las cotizaciones correspondientes al Sistema General de Seguridad Social.

“ (iii) Que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual. ” Se demuestra esta regla cotejando los siguientes datos. Se estableció como fecha de estructuración de la invalidez el 18 de octubre de 2011 , cuando se registró y soportó compromiso neurológico por neurotoxoplasmosis. Esta Sala entenderá que la pérdida de toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva, por su parte, se surtió a partir del 3 de mayo de 2014 fecha desde la cual se empezaron a generar de manera ininterrumpida las incapacidades médicas suscritas por el médico tratante [112] .

Al respecto, la Corte ha reconocido que “ la enfermedad o el accidente padecido por una persona generan en ella pérdida de su capacidad laboral de manera inmediata, de ahí que la fecha de estructuración de la invalidez, fijada en el correspondiente dictamen, coincida con la ocurrencia del hecho generador de la misma. Sin embargo, también ha sostenido que, en tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, entiéndase por tal, aquellas de larga duración y de progresión lenta [113] , ocurre que la disminución o pérdida de la capacidad laboral no se produce en un mismo momento sino que, por el contrario, se genera de manera paulatina.

[114] Frente a este tipo de casos, la Corte ha evidenciado que los entes responsables de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral establecen como fecha de estructuración de la invalidez el momento a partir del cual se

presenta el primer síntoma de la enfermedad o se obtiene el primer diagnóstico, sin importar que, de acuerdo con la realidad objetiva, la incapacidad permanente y definitiva para desempeñarse laboralmente se produzca mucho tiempo después.

[115] ” (Sentencia T- 057 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza). La Corte ha revisado abundantes casos, en los que las personas que padecen alguna enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, a pesar de su estado de salud, continúan desarrollando actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, siguen cotizando al sistema general de pensiones, hasta el momento en el que la progresión de la enfermedad les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema.

Corroboradas las reglas, se debe determinar la fecha en la que debe realizar el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores, para establecer si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003. Dicho instante podrá corresponder al momento en que (i) se realizó la última cotización; (ii) el de la solicitud pensional; o (iii) el de la calificación, decisión que se fundamentará en el análisis previo de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante.

En el presente caso se tiene por probado que Luis perdió efectivamente su capacidad productiva y funcional desde el 3 de mayo de 2014 , fecha desde la cual ha sido incapacitado de forma ininterrumpida por periodos de treinta (30) días, por lo que esta Sala entenderá que desde ese momento debe contabilizarse los tres años que establece la ley para ser beneficiario de la pensión de invalidez.

Así las cosas, concluye la Sala de Revisión: 1. Que Famisanar vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud [116] , invocados por el señor Luis , (i) al no haber emitido y tramitado en febrero de 2014, el concepto de rehabilitación, toda vez que este constituye el requisito legal indispensable para que la administradora del fondo de pensiones califique la pérdida de la capacidad laboral, determine la fecha de estructuración de la enfermedad y evalúe la viabilidad de otorgar la pensión de invalidez [117] ;

(ii) al haber suspendido el pago de las incapacidades generadas desde el 23 de junio de 2016, pues la norma impone “ pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal hasta cuando se emita el correspondiente concepto de rehabilitación [118] ” , lo cual ocurrió el 24 de marzo de 2017, fecha en la que tramitó el concepto de rehabilitación del demandante, como se explicó. La determinación de la entidad obligada al pago, sin duda alguna, menoscabó aún más la situación del accionante, teniendo en cuenta las circunstancias de salud que lo aquejan y la apremiante situación económica que existe en su caso. No obstante, no se emitirá ninguna orden en su contra pues resultaría inocua teniendo en cuenta que lo procedente es ordenar el reconocimiento pensional por invalidez, en los términos expuestos en este fallo.

2. Que Colfondos vulneró los derechos constitucionales fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del accionante, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con fundamento en que no acreditó las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su enfermedad, omitiendo su condición de sujeto de especial protección constitucional como portador de VIH/SIDA, así como las semanas aportadas con posterioridad a dicho momento en ejercicio de una efectiva y probada explotación de una capacidad laboral residual.

3. Así las cosas, se revocará la decisión tomada en única instancia el 13 de junio de 2017, por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, en el trámite iniciado por Luis contra Famisanar y Colfondos para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, mediante el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Por tal motivo, ordenará a Colfondos que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación del presente proveído, reconozca al accionante la pensión de invalidez a que tiene derecho, contabilizando las semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, a partir del 3 de mayo de 2014 (fecha en que perdió efectivamente su capacidad productiva y funcional).

Así mismo, incluirlo en nómina el mes inmediatamente siguiente al reconocimiento de la prestación, a efectos de iniciar el pago de las mesadas pensionales causadas.

2. Expediente T- 6.262.895 1.1. Mediante apoderado judicial el señor Armando instauró acción de tutela contra las AFP Protección y Colpensiones, al considerar que dichas entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión que por invalidez solicita, alegando controversias de tipo administrativo sin que asuma alguna de ellas la titularidad de la prestación reclamada.

Protección aduce que si bien el accionante al momento de ser calificado estaba afiliado a esa administradora, para la fecha de estructuración de la invalidez (26 de octubre de 2007), estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), por lo que debe ser éste el Fondo que reconozca y pague la pensión. Colpensiones señala que la obligación es de la AFP Protección, pues fue la entidad que reportó el traslado al régimen de ahorro individual del demandante y además se encuentra afiliado a esa administradora desde enero del año 2010.

1.2. Planteada así la controversia, corresponde armonizar los hechos referidos por las partes y en atención a las pruebas aportadas por ellas esta Sala de Revisión encuentra probado que el señor Armando (i) es un paciente diagnosticado con VIH CLASE C3 SIDA; (ii) afiliado a la AFP Protección desde el 1° de enero de 2010 después de su traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) [119] ;

(iii) solicitó el 3 de diciembre de 2013 pensión por invalidez, razón por la que fue remitido a la Comisión Medico Laboral de la IPS SURA con la que la AFP Protección contrató para que fuera evaluado y se determinara su pérdida de capacidad laboral; (iv) fue calificado el 29 de noviembre de 2014 por la IPS SURA con el 68% de pérdida de capacidad laboral de origen común y con fecha de estructuración 26 de octubre de 2007 [120] ;

(v) recibió el 19 de marzo de 2015 notificación de la anulación de su vinculación a la AFP Protección y del traslado de los aportes acreditados en este fondo hacia Colpensiones [121] , con el argumento que la estructuración de su enfermedad se produjo antes de la vinculación; (vi) según informó el Director de Acciones Constitucionales de Colpensiones, presenta multivinculación y como datos relevantes relaciona la fecha de afiliación a esa entidad el “20/05/1993”, con estado de afiliación: “ trasladado ”, semanas cotizadas: “71,43 desde 20/05/1993 hasta 01/10/1994”, según los pagos efectuados por sus empleadores y los realizados a título de trabajador independiente; (vii) una vez activo como usuario de Colpensiones se le realizó un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral en el que la Junta Médica de “ esta entidad determinó un porcentaje del 43,39% con fecha de estructuración 26 de noviembre de 2014 ”, según los criterios establecidos en el Manuel Único para la Calificación de la Invalidez adoptado por el Decreto 1507 de 2014.

1.3. Así las cosas, acoge la Sala lo expuesto en la parte motiva de este fallo de revisión y reitera el referente constitucional según el cual los conflictos entre distintas administradoras de fondos de pensiones, sobre cuál es la que debe asumir el respectivo reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales, no puede ser trasladada al titular del derecho, mucho menos, cuando, (i) no está en duda la titularidad del derecho, (ii) el titular es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) depende del pago de la pensión, para satisfacer su mínimo vital y el de su familia [122] .

(Subrayado y negrilla propio) Tales criterios en el caso que nos ocupa están suficientemente demostrados, teniendo en cuenta que se encuentra probado que el señor Armando es quien reclama el derecho pensional, (ii) es un paciente diagnosticado con VIH CLASE C3 SIDA, (iii) que no está en capacidad de trabajar y depende exclusivamente de la pensión, no solo para satisfacer su mínimo vital, sino para ayudar al sustento de su grupo familiar.

P or lo tanto, es menester precisar que los argumentos planteados por las entidades accionadas, para sustraerse del pago de la pensión que reclama el actor, no son de recibo por parte de esta Sala, toda vez que desconocen los derechos fundamentales pretendidos por el demandante.

1.4. Ahora bien, no escapa a esta Sala de Revisión, el hecho de que el señor Armando , quien padece VIH/SIDA, fue calificado en una primera oportunidad por la IPS SURA con una pérdida de capacidad laboral del 68% de origen común y con fecha de estructuración 26 de octubre de 2007 [123] ; y posteriormente por Colpensiones con el 43,39% con fecha de estructuración 26 de noviembre de 2014 , sin que al parecer exista una explicación médica que demuestre alguna mejoría en su estado de salud, pues el mismo actor sostiene que desde hace mucho tiempo no trabaja porque las cirugías realizadas y su estado de salud no se lo permiten.

Sobre el particular se advierte, una vez revisada la sustentación de los dictámenes emitidos, que la IPS SURA conceptuó la calificación según el Manual Único de Calificación de Invalidez establecido en el Decreto 917 de mayo de 1.999 Capítulo 8 Tabla 8.1 y 8.2 (VIH C3 SIDA), y Colpensiones según el Manual Único de Calificación adoptado por Decreto 1507 de 2014.

Si se cotejan los criterios que consagra cada Manual se puede explicar, tal vez, la diferencia porcentual en las calificaciones, veamos: El Decreto 917 de 1999 señala, en el artículo 8.5, los criterios para la evaluación del paciente infectado con VIH o el enfermo de SIDA. Sobre el particular establece que:

“El VIH puede afectar directamente al organismo al disminuir significativamente el nivel de las defensas inmunológicas o puede desencadenar una serie de patologías secundarias a esto. Para la evaluación de la deficiencia se utiliza la clasificación VIH/SIDA del CDC/Atlanta/93, que incluye la consideración de un parámetro de evaluación clínica y otro de laboratorio, basado en el recuento de linfocitos T4 o células CD4. La calificación se aplica a quienes ya tienen el diagnostico positivo para el VIH (2 pruebas presuntivas y una suplementaria positivas). El porcentaje de deficiencia global generado por la infección con VIH, se define según la Clasificación del CDC para Adolescentes y Adultos de 1993, en tres categorías clínicas (A, B, C) con rangos de CD4, 1, 2 y 3”.

[124] El Decreto 1507 de 2014 en el artículo 7.4.4., por su parte, señala: “(…) No se debe clasificar la enfermedad por VIH utilizando alguna de las tablas hematopoyéticas estándar. Se deben utilizar hallazgos de laboratorio que son el factor principal. El historial clínico representará el factor modulador. Para esto se utiliza la tabla 7.4., que establece los criterios para el reconocimiento y evaluación de las deficiencias por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida - SIDA.” 1.5.

En este punto se hace necesario acoger y reiterar la información expuesta por esta Sala en sentencia T-522 de 2017 [125] , a saber: Para esclarecer las diferencias porcentuales en la calificación de pérdida de capacidad laboral que se presenta en el caso bajo estudio, es importante reiterar, entre otros, el concepto emitido por la doctora Mónica Mantilla Suárez, médica especialista en Epidemiología y líder del programa de VIH del Hospital Simón Bolívar, respecto de la clasificación y reclasificación de un paciente enfermo de VIH/SIDA, remitida a esta Corporación por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida entidad, en el marco de la sentencia T-229 de 2014, [126] en el que se lee:

“Según los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de Atlanta, USA -CDC- existen dos (2) clasificaciones de VIH, una de 1993 y otra de 2008.

Actualmente en Colombia, según parámetros del Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Salud y la Cuenta de Alto Costo, la clasificación vigente para reportar a entes de control es la CDC 2008. En esta categoría se establece que todo lo clasificado en la CDC 1993 como A3, B3, C1, C2 y C3 es categoría SIDA, lo cual determina un estadio 3 .

(…) En pacientes a los cuales les es diagnosticada una infección por VIH de forma tardía con síndrome de desgaste se les clasifica en estadio 3 según el CDC 2008 y según el CDC 1993 en C y dependiendo del nivel de conteo de CD4 se

puede catalogar como C1, C2 o C3.

Finalmente, respecto de la clasificación del VIH, la especialista en Epidemiología adscrita al Hospital Simón Bolívar, afirmó que un enfermo de VIH/SIDA al cual en un primer diagnóstico se clasifica en categoría C, no puede ser recalificado en B3 un año después, al respecto manifestó "… siempre será (sic) categoría (sic) C, la clasificación VIH SIDA no es reversible " (negrilla fuera del texto original). Así mismo, se tiene que en atención a los parámetros establecidos en la actual CDC 2008 las categorías B3 y C son consideradas indistintamente como estadio 3, o sea SIDA" .

En dicho concepto se sostuvo igualmente que " un enfermo puede ser reclasificado con esta diferencia porcentual, con base en el estadio clínico en que se encuentre en el momento de la calificación y a los parámetros establecidos en el manual de calificación de invalidez que se use".

Y la Sala Primera de Decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez señaló que "podría suceder que cuando el paciente llega por primera vez, muchas veces lo hace en condiciones de gran deterioro inmunológico, tanto que podemos ubicarlo de acuerdo a la clasificación en la columna C y en el reglón 3, pero se entiende mejorada su inmunidad si el paciente ha dejado de tener síntomas y signos particulares o indicativos de SIDA".

[127] Se advierte entonces, según los criterios expuestos que " la clasificación VHI/SIDA no es reversible, clínicamente hablando, en virtud de que el sistema inmunológico ya se encuentra deteriorado a tal punto que no puede recuperarse" [128] .

La diferencia en la valoración de la pérdida de capacidad laboral del accionante se debe a la aplicación de los Decretos 917 de 1999 y 1507 de 2014, vigentes para las fechas en que fue valorado el demandante y conforme a los cuales se aplicaron criterios diferentes en la valoración y clasificación del estadio del VIH como se explicó. Supone uno de los conceptos citados, que " se entiende mejorada su inmunidad si el paciente ha dejado de tener síntomas y signos particulares o indicativos de SIDA" [129] , lo cual no sucede en este caso según lo manifestado por el accionante, en cuanto afirma que " tras ser operado por varias hernias, sobre ellas le colocaron unas mallas retenedoras que no le permiten hacer fuerza, ni caminar, ni correr y se mantiene con dificultad respiratoria ." 1.6.

Ahora bien, en la sentencia T-522 de 2017 [130] , que trató un tema similar al que se revisa, la Sala consideró admitir , para la resolución del caso, el principio pro homine [131] , según el cual, " se i mpone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional" [132] .

1.7. En sentencia C-042 de 2017, [133] la Corte precisó, respecto al principio pro homine , que "(…) el principio pro persona , también denominado principio Pro Homine , está consagrado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto ha sostenido la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-5/85, que "El Principio pro persona es un principio interpretativo e implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno (…)".

1.8. Así las cosas, en este caso se aplicará este principio, atendiendo (i) la diferencia en los porcentajes de pérdida de capacidad laboral establecidos en los dictámenes del accionante, (ii) privilegiando la norma o interpretación más favorable para la protección de sus derechos fundamentales y (iii) acudirá a escoger la valoración de pérdida de capacidad laboral que resulta favorable al actor, la cual fue realizada por la AFP Protección con fundamento en los criterios establecidos en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez adoptado por el Decreto 917 de 1999, norma vigente para la fecha en que se valoró por primera vez la pérdida de capacidad del señor Armando .

Partiendo entonces de la anterior consideración, se debe establecer si el accionante cumple los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama, los cuales, se reitera, no son otros que:

(i) Haya sido declarado inválido [134] . Se encuentra probado que el demandante es un paciente diagnosticado con VIH CLASE C3 SIDA al que le realizaron una hemicolectomia derecha e ileostomía con colocación de malla (produce limitación en los movimientos y restringe la realización de actividades de fuerza), circunstancias por las cuales fue catalogado como inválido [135] .

(ii) Haya perdido más del 50% de su capacidad laboral por una causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente . Acogiendo la norma o interpretación más favorable, se entiende la valoración realizada el 29 de noviembre de 2014 por la IPS SURA con el 68% de pérdida de capacidad laboral de origen común y con fecha de estructuración 26 de octubre de 2007 .

(iii) Acredite más de cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración .

Reafirmando lo expuesto en el caso previamente analizado y con base en los precedentes de esta Corte, [136] es viable concluir en el presente asunto que, a pesar de que el accionante no cumpla con las semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una “capacidad laboral residual” que, sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva.

En efecto, en el presente caso se prueba que el accionante cumple las reglas a tener en cuenta para el reconocimiento del derecho pensional: “ (i) la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa; (ii) con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, cuenta con un número importante de semanas cotizadas ”.

Se establece que a pesar que la autoridad médico laboral fijó como fecha de estructuración de la invalidez el 26 de octubre de 2007, en realidad el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva , como lo exige el Decreto 917 de 1999 [137] (derogado por el Decreto 1507 de 2014 [138]), el 29 de noviembre de 2014 , momento en el que se calificó la pérdida de su capacidad laboral, de lo cual se determina sin duda alguna, que cuenta con un número importante de semanas cotizadas al Sistema, contadas desde la fecha de estructuración de la invalidez, hasta la fecha en que fue calificado (octubre de 2007 a noviembre de 2014) ; y, (iii) los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Corroborado ello, y en garantía de los derechos del reclamante, será a partir del 29 de noviembre de 2014, que se aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003, esto es, la fecha en la que se debe realizar el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores, para el reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante.

1.9. Hasta aquí se han validado los requisitos para acceder a la pensión de invalidez reclamada por el accionante, así como el referente según el cual los conflictos entre distintas administradoras de fondos de pensiones, sobre cuál es la que debe asumir el respectivo reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales, no puede ser trasladada al titular del derecho, mucho menos, cuando, (i) no está en duda la titularidad del derecho, (ii) el titular es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) depende del pago de la pensión, para satisfacer su mínimo vital y el de su familia [139] .

La Sala ordenará el reconocimiento y pago de la prestación a la entidad que, en principio, aparece como responsable del pago de la obligación, que para el caso sería la AFP Protección, por la siguiente razón.

1.10. Según se advierte, la interpretación que la AFP Protección da a lo establecido en los artículos 41 y 42 del Decreto 1406 de 1.999 (derogado por el Decreto 780 de 2016, artículo 4.1.1.) , para fundamentar que " la afiliación realizada por el actor el 1° de enero de 2010 no surte efectos jurídicos, en razón a que la AFP solo tiene a cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas por los siniestros y contingencias ocurridos durante la efectividad de la afiliación del accionante al mismo " , resulta tendenciosa y descontextualizada, pues de su lectura es fácil deducir que tiene un alcance bien diferente a la manera como la presenta la administradora.

En los artículos referidos se señala: " Artículo 41 . Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación.

Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes. En todo caso, en el Sistema General de Seguridad Social en salud la cobertura para los trabajadores dependientes será, durante los primeros treinta (30) días después de la afiliación, únicamente en la atención inicial de urgencias. La cobertura para los trabajadores independientes se dará en los términos establecidos en el inciso 2º del artículo 74 del Decreto 806 de 1998.

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 . En el Sistema de Seguridad Social en Salud, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la nueva Entidad Promotora de Salud.

En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la antigua administradora de la cual éste se trasladó, con excepción de los trabajadores independientes, que deberán aportar a la nueva administradora de pensiones. 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.

" (Subrayado y negrilla propia) Contrario a lo afirmado por la representante judicial de la AFP Protección, se desprende de la norma transcrita, que (i) 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 a la nueva entidad administradora;

(ii) la entidad administradora de la cual se retira el trabajador "tendrá a su cargo la prestación de servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad; y (iii) en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones "el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la antigua administradora de la cual éste se trasladó, con excepción de los trabajadores independientes, que deberán aportar a la nueva administradora de pensiones." Para los efectos del artículo

42 transcrito, se entenderá por traslado efectivo “el momento a partir del cual el afiliado queda cubierto por la nueva entidad en los términos definidos”.

Así las cosas, es claro que el fundamento según el cual “la afiliación realizada por el actor el 1° de enero de 2010 no surte efectos jurídicos”, expuesto como razón de defensa por la apoderada de la AFP Protección, no tiene vocación de prosperidad, así como lo afirmado respecto de que “solo tiene a cargo el reconocimiento de las prestaciones económicas por los siniestros y contingencias ocurridos durante la efectividad de la afiliación del accionante al mismo” , pues como advierte la norma, la entidad administradora de la cual se retira el trabajador “tendrá a su cargo la prestación de servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad” , que para el efecto, sería el 31 de enero de 2009, teniendo como referencia la fecha desde la que dice la AFP Protección está afiliado el señor Armando, el 1° de enero de 2010 .

Es claro entonces que (i) el accionante fue calificado por invalidez en noviembre 29 de 2014, (ii) la fecha de estructuración de la invalidez fue el 26 de octubre de 2007, (iii) el accionante continuó cotizando al sistema con posterioridad a dicha fecha, en ejercicio de una “capacidad laboral residual” que , sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva, hasta el momento en que se dictaminó la pérdida de la capacidad laboral, como lo exige el Decreto 917 de 1999 [140] (derogado por el Decreto 1507 de 2014 [141]) y (iv) para ese momento, y desde enero de 2010, en atención a que el accionante realizaba sus aportes a la AFP Protección, esta entidad era la que tenía a su cargo la prestación de servicios y el reconocimiento de prestaciones del afiliado, según se explicó.

1.11. En ese orden de ideas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que amparo los derechos invocados, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

1.12. Conforme a lo expuesto, la Sala revocará el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Laboral- el ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017), que a su vez, revocó la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017), que concedió el amparo de los derechos fundamentales del señor Armando .

En su lugar, confirmará la decisión de primera instancia que amparo los derechos invocados, pero por las razones expuestas en el presente fallo. Igualmente se prevendrá a Protección para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas que amenacen los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema de Seguridad Social, especialmente tratándose de personas de especial protección constitucional, al trasladarles la carga de soportar trámites administrativos encaminados a dirimir divergencias administrativas entre las entidades administradoras, máxime cuando no hay discusión frente a la titularidad del derecho a percibir la pensión y lo que se objeta es la titularidad del obligado a asumir el pago de la prestación.

III. DECISIÓN Determina la Sala Séptima de Revisión, al amparo del referente constitucional expuesto, que es procedente contabilizar las semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, para establecer, previa la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, el cumplimiento de los requisitos para conceder la pensión de invalidez a un afiliado diagnosticado con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas y que no son oponibles las controversias administrativas entre las entidades del sistema de seguridad social al titular del derecho a la pensión de invalidez, máxime cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el 13 de junio de 2017, mediante la cual negó el

amparo solicitado por Luis y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social invocados (expediente T-6.280.613).

SEGUNDO.- ORDENAR a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías que, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente proveído, reconozca a Luis la pensión de invalidez a que tiene derecho, contabilizando a partir del 3 de mayo de 2014 (fecha en que perdió efectivamente su capacidad productiva y funcional) los tres años que exige la ley como requisito; y en consecuencia, incluya a Luis en nómina el mes inmediatamente siguiente al reconocimiento de la prestación, a efectos de iniciar el pago de las mesadas pensionales causadas.

TERCERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Decisión Laboral, el ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017) que, a su vez, revocó la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de marzo de dos mil diecisiete (2017), que concedió el amparo, y en su lugar, CONFIRMAR la decisión de primera instancia que amparo los derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital del señor Armando (expediente T-6.262.895) , pero por las razones expuestas en el presente fallo .

CUARTO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, en el término improrrogable de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Armando.

QUINTO.- ADVERTIR a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en conductas que amenacen los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema de Seguridad Social, especialmente tratándose de personas de especial protección constitucional, al trasladarles cargas de índole administrativa que no corresponden.

SEXTO.- ORDENAR por Secretaría General a todas las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso que se encarguen de salvaguardar la intimidad de los accionantes, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan su identificación.

SÉPTIMO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase. CRISTINA PARDO SCHLESINGER Magistrada DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada Con salvamento parcial de voto ALBERTO ROJAS RÍOS Magistrado ROCÍO LOAIZA MILIÁN Secretaria General (e) SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA DIANA FAJARDO RIVERA A LA SENTENCIA T-681/17 DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA- Se debió emitir orden para el pago de incapacidades (Salvamento parcial de voto) (M. P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER) Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito expresar las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-681 de 2017. Desde ya, cabe aclarar que este salvamento parcial de voto se refiere únicamente a una parte de la determinación que la Sala tomó en relación con el expediente T-6.280.613, correspondiente a la acción de tutela instaurada por Luis [142] contra la Entidad Promotora de Salud Famisanar S.A.S. (en adelante, “Famisanar”) y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (en adelante, “Colfondos”).

1. En el expediente mencionado, Luis interpuso acción de tutela contra Colfondos y Famisanar, porque consideraba que dichas entidades habían vulnerado sus derechos a la vida, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital, cada una por razones distintas. Por un lado, Famisanar le había pagado solo una parte de las incapacidades que tuvo desde 2011, como resultado de ser paciente portador de VIH y de haberse contagiado de neurotoxoplasmosis cerebral en el pasado, enfermedad de la que, según afirma, le han quedado secuelas. Por otro,

Colfondos se negó a reconocerle una pensión de invalidez, a pesar de haber sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 75%, argumentando que no cumple con el requisito de haber cotizado un mínimo de cincuenta semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En consecuencia, solicitó, como pretensión principal, que se ordene el pago de las incapacidades debidas y, subsidiariamente, que se le reconozca la pensión de invalidez.

2. Al resolver el caso, la sentencia de la que me aparto parcialmente resolvió conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por Luis y, en consecuencia, le ordenó a Colfondos reconocerle la pensión de invalidez, e incluirlo en nómina a efectos de iniciar el pago de las mesadas pensionales causadas. Estoy de acuerdo con esta decisión y con el análisis realizado que llevó a concluir que, en efecto, Colfondos había vulnerado los derechos fundamentales del actor. Sin embargo, la Sala omitió emitir orden alguna en relación con la pretensión encaminada a obtener el pago de las incapacidades adeudadas y es por esta razón que me veo obligada a salvar parcialmente el voto en esta oportunidad.

3. Pues bien, frente a la responsabilidad de Famisanar, la sentencia concluyó que la entidad había vulnerado los derechos fundamentales de Luis por dos razones: (i) no emitió y tramitó adecuadamente ante Colfondos el concepto de rehabilitación del accionante, presupuesto necesario para el reconocimiento de la pensión de invalidez; y (ii) suspendió el pago de las incapacidades al actor, pese a estar obligada a pagarlas, de conformidad con lo dispuesto en la L ey 1753 de 2015 (PND 2014-2018) y demás normas aplicables.

A pesar de haber llegado a dicha conclusión, la mayoría de la Sala resolvió no emitir “ ninguna orden en contra [de Famisanar] pues resultaría inocua teniendo en cuenta que lo procedente es ordenar el reconocimiento pensional por invalidez, en los términos expuestos en este fallo ”, lo anterior, sin incluir ninguna otra razón para desestimar la pretensión. Esta es precisamente la decisión que no comparto, pues considero que, habiendo encontrado probada una vulneración de los derechos fundamentales de Luis como resultado de la falta de pago parcial de las incapacidades, la Sala ha debido proteger sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud, y ordenar a Famisanar el pago de lo debido.

4. En este punto, cabe advertir que el pago de incapacidades por enfermedad de origen común y la pensión de invalidez son prestaciones diferentes y, siguiendo las consideraciones de la sentencia T-681 de 2017, en el presente caso estaban en cabeza de dos entidades distintas del Sistema General de Seguridad Social. Así pues, encuentro que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a Luis no justifica suficientemente la decisión adoptada por la mayoría con respecto al pago de las incapacidades. Esta determinación ha debido estar suficientemente argumentada, con el fin de cumplir con el deber de motivación de los fallos, que como lo ha reconocido esta Corporación, es también un derecho fundamental de las partes en cuanto materialización del debido proceso.

[143] En estos términos dejo plasmadas las razones por las cuales me aparto parcialmente de la decisión. Fecha ut supra , DIANA FAJARDO RIVERA Magistrada [1] Sentencia proferida el trece (13) de junio de 2017.

[2] Sentencia proferida el ocho (8) de mayo de 2017. [3] Sentencia proferida el veintinueve (29) de marzo de 2017. [4] Los nombres de los peticionarios serán sustituidos por los de Luis y Armando, respectivamente.

[5] Sala de Selección conformada por las Magistradas Diana Fajardo Rivera y Cristina Pardo Schlesinger. [6] Revista de Posgrado de la VI a Cátedra de Medicina – N° 126-Abril 2003. Pág. 17-19 https://med.unne.edu.ar/revista/revista126/tox_sida.htm : “la Toxoplasmosis es una infección producida por el Toxoplasma gondii (TG), parásito intracelular obligado, que se multiplica en células nucleadas; cuando el huésped desarrolla inmunidad, cesa la multiplicación y se forman ‘quistes tisulares’, capaces de persistir durante años, sobretodo en corazón, músculo y encéfalo. (1) La reactivación de la infección latente se observa en personas con déficit inmunitario; es lo que acontece en pacientes con

HIV+ que han sido parasitados previamente con TG, pudiendo ser la neurotoxoplasmosis (NT) la primer manifestación del SIDA".

En los antecedentes patológicos de la historia clínica, se registra el tratamiento médico de la enfermedad (folios 16 a 168). [7] El Coordinador de Prestaciones Económicas de Famisanar certifica que el señor Luis registra incapacidades desde el "16/03/2011 hasta el 07/06/2017". Del documento se extrae (i) que la entidad pago las incapacidades generadas por periodos discontinuos del "16/03/2011 al 03/05/2014", (ii) aquellas otorgadas de manera ininterrumpida por periodos de treinta (30) días, del "04/05/2014 al 22/06/2016" y (iii) las expedidas en el periodo del "23/06/2016 al 07/06/2017" no se pagaron (folios 191 y 192).

[8] En razón a que Colfondos no respondió el requerimiento del peticionario, este interpuso acción de tutela ante el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá, el cual en sentencia del 14 de diciembre de 2016, resuelve tutelar el derecho fundamental de petición invocado por el ciudadano Luis y ordena a Colfondos que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, resuelva de manera clara, completa, precisa y de fondo el derecho de petición presentado por el accionante (folios 173 a 175).

[9] La Coordinadora de pensiones de Colfondos mediante documento radicado BP-R-I-L-930-06-16 del 23 de junio de 2016, informa al accionante que "La Unidad de Previsionales de Colfondos S.A., dictaminó para su caso un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 75% de origen común, estableciendo como fecha de estructuración de la invalidez el día 18 de octubre de 2011. El estudio de los requisitos para obtener la pensión de invalidez demostró que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez usted No cumple el requisito de haber cotizado 50 semanas exigidas en la Ley, toda vez que durante el lapso de tiempo usted cotizó 37,29 semanas al Sistema General de Pensiones. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y en cumplimiento de lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, Colfondos S.A., OBJETA la solicitud de pensión de invalidez". (folios 170 y 171) [10] El Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante auto del 30 de mayo de 2017, avocó el conocimiento de la acción y corrió traslado a las partes demandadas para que se pronunciaran en relación con los hechos de la demanda.

[11] Con fecha 5 de junio de 2017, Famisanar allega contestación (folios 183 a 198). [12] Según pantallazo inserto en el escrito, afiliado desde el 19 de abril de 2008 (folio 183).

[13] Anexa como prueba, certificación expedida por el Coordinador de Prestaciones Económicas de Famisanar. Del documento se extrae que Luis registra incapacidades por periodos discontinuos desde el "16/03/2011 al 03/05/2014", e ininterrumpidas, por periodos de treinta (30) días, del "04/05/2014 al 07/06/2017" (folios 191 y 192).

[14] Según se observa en la certificación aportada, se le pagaron (i) las incapacidades generadas por periodos discontinuos del "16/03/2011 al 03/05/2014", (ii) aquellas otorgadas de manera ininterrumpida por periodos de treinta (30) días, del "04/05/2014 al 22/06/2016" y (iii) las expedidas en el periodo del "23/06/2016 al 07/06/2017" no se pagaron (folios 191 y 192).

[15] Adjunta copia de formato "CONCEPTO DE REHABILITACIÓN EXPEDIDO POR LA EPS PARA EL TRAMITE DE PENSIÓN". Según se observa, sin diligenciar completamente. El médico especialista en medicina laboral, además de registrar los datos generales del paciente, anota que " NO SE CUENTA CON REPORTES DE HISTORIAS CLINICAS SUFICIENTES DE IPS PRIMARIA PARA EMITIR UN CONCEPTO DE REHABILITACIÓN ". En el aparte "D" del numeral 4 "PRONÓSTICO DE RECUPERACIÓN FUNCIONAL" se lee: "D.

Con base en lo anterior ¿cuál es en su opinión, el pronóstico de recuperación funcional cuando termine el tratamiento pendiente? Favorable: No Favorable:", sin diligenciar. (folio 193 y 194) (Negrillas del texto).

[16] Aporta como prueba, copia de un oficio firmado por el “Director de Medicina de Trabajo” de Famisanar, dirigido a Colfondos el 12 de diciembre de 2014, en el que dice “remitir el concepto de rehabilitación, carta de remisión al Fondo, certificación de incapacidades al cumplir los 180 días de incapacidades de nuestro afiliado”, sin embargo, no cuenta con algún radicado o sello de recibido, que permita inferir que se remitió y/o notificó (como se afirma) (folio195).

[17] Señaló que Famisanar elevó derecho de petición al Ministerio de Salud, solicitando las pautas para el pago de incapacidades superiores a 540 días. El 26 de diciembre de 2016, el Ministerio respondió que “a la fecha no existe reglamentación ni disposición legal que haga exigible el pago de incapacidades superiores a 540 días, por lo cual el pago de dichas prestaciones no se encuentra en cabeza de la EPS.” [18] No obstante, en la respuesta se señala que según el régimen de transición el inicio de operación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, iniciará el 1° de abril de 2017. Es así como la reglamentación se encuentra en proceso, como lo determina el Decreto 1429 de 2016 (folios 196 al 198).

[19] Con fecha 5 de junio de 2017, Colfondos allega contestación de la tutela (folios 199 a 211). [20] Según pantallazo del oficio expedido por Famisanar con fecha del 17 de marzo de 2017 dirigido a Colfondos, el Departamento de Medicina Laboral de Famisanar, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, remite el concepto de rehabilitación del afiliado Luis, con pronóstico laboral “Desfavorable” (negrilla del texto) (folio 200).

[21] En la evaluación realizada por el médico laboral también se señala dentro de los antecedentes, lo siguiente: “afiliado de 32 años de edad con cuadro clínico de 16 años de evolución con diagnóstico de VIH estadio C3, con evidencia de secuelas neurológicas por neurotoxoplasmosis, lo que ocasiona movimientos coreicos de miembros superiores y marcha atáxica, se procede a calificación según decreto 1507 acorde a último paraclínico aportado, estableciendo como fecha de estructuración ingreso a urgencias el 18/10/2011 cuando se registró y soporto compromiso neurológico por neurotoxoplasmosis.” [22] Ley 1753 de 2015, artículo 67: Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos… Estos recursos se destinaran a: (…) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.

[23] Folios 16 al 152. [24] Una vez cotejadas las incapacidades allegadas, con la certificación expedida por el Coordinador de Prestaciones Económicas de Famisanar, se determina lo siguiente: Incapacidad N°. 3269227 (pagada), Incapacidad N°.3869971 (pagada), Incapacidad N°. 3929567 (pagada), Incapacidad N°. 4052548 (pagada), Incapacidad N°. 4120796 (pagada), Incapacidad N°. 4188598 (pagada), Incapacidad N°. 4246717 (pagada), Incapacidad N°. 4438323 (pagada), Incapacidad N°. 4566844 (pagada), Incapacidad N°. 4595275 (pagada), Incapacidad N°. 4657980 (pagada), Incapacidad N°. 5094217 (sin pagar), Incapacidad N°. 5293862 (sin pagar), Incapacidad N°. 293872 (sin pagar), Incapacidad N°. 5356647 (sin pagar).

[25] Folios 170 y 171. [26] Folios 173 a 1745. [27] Certificación expedida el 05/06/2017, firmada por el Coordinador de Prestaciones Económicas de Famisanar, según información extraída del sistema de la entidad (folios 191 y 192).

[28] Ídem. [29] Prueba allegada con la contestación de la tutela, por el apoderado general de Famisanar, en cuyo encabezado se lee textualmente: “De conformidad con lo establecido en el artículo 23 del decreto 2463 de 2001 y con base en la historia clínica completa del(a) afiliado(a) y, (sic) solicitamos diligenciar completamente este formato, ya que constituye un requisito legal indispensable para la aprobación de las solicitudes de calificación de invalidez por parte de las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez. El objetivo de este cuestionario es establecer si el

tratamiento integral ofrecido al(a) afiliado(a) está terminado, o si está en curso, cuando se dará por terminado y cuál es el pronóstico de recuperación funcional (folio 193 y 194).

[30] Prueba allegada con la contestación de la tutela, por el apoderado general de Famisanar (folio195). [31] Folios 37 a 41. [32] “Decreto 1406 de 1999:

Artículo 41 . Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes. En todo caso, en el Sistema General de Seguridad Social en salud la cobertura para los trabajadores dependientes será, durante los primeros treinta (30) días después de la afiliación, únicamente en la atención inicial de urgencias. La cobertura para los trabajadores independientes se dará en los términos establecidos en el inciso 2º del artículo 74 del Decreto 806 de 1998.

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. En el Sistema de Seguridad Social en Salud, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la nueva Entidad Promotora de Salud.

En el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el primer pago de cotizaciones que se deba efectuar a partir del traslado efectivo de un afiliado, se deberá realizar a la antigua administradora de la cual éste se trasladó, con excepción de los trabajadores independientes, que deberán aportar a la nueva administradora de pensiones. 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.” [33] Folios 58 al 61.

[34] Se aporta como prueba una certificación expedida por Colpensiones con fecha 17 de marzo de 2017, en la que se reporta como novedad, “que el señor Armando se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por COLPENSIONES desde el día 20/05/1993 y su estado es Traslado (Entidad Definitiva PROTECCION, fecha 01/01/2010).” Folio 62.

[35] Folios 8 al 14. [36] Folios 15 al 18. [37] Folios 19 al 26. [38] Folios 27 al 29. [39] Corte Constitucional, M.P. María Victoria Calle. [40] Folios 80 al 84.

[41] Apartándose de la decisión adoptada en la ponencia, la Magistrada Martha Ruth Ospina salvó voto. Sostuvo que, “al no haberse centrado el aspecto de la improcedencia de la acción de tutela en la impugnación presentada por quien resultó directamente afectado, no era viable jurídicamente que se revocara el fallo de tutela por ese aspecto, sino únicamente con base en el contexto de lo que fue solicitado”. En su sentir, la entidad impugnante no pretendió controvertir la legalidad de la orden impartida, es decir, de la protección constitucional de los derechos fundamentales conculcados, sino únicamente en lo relativo al destinatario de la orden de reconocimiento pensional, lo cual se evidencia “cuando la entidad administradora de fondos de pensiones, a continuación de solicitar se revoque la orden de reconocimiento pensional, determina el alcance de la orden que ha debido adoptarse al exponer que en remplazo de la decisión ‘se ordene tanto a la parte accionante como a las accionadas proceder a llevar a cabo una nueva calificación de la merma de capacidad laboral del señor Armando, dictamen que deberá ser debidamente notificado a TODAS las partes interesadas, de manera que se garantice el derecho a la contradicción, defensa y doble instancia. Para lo cual se sugiere como calificador imparcial y

ajeno a esta acción a la Junta Regional de Calificación de Invalidez (…)', y únicamente en caso de no ser viable lo primero, que se haga un pronunciamiento de fondo sobre el carácter transitorio del amparo constitucional que fue concedido, a fin de no tornarlo definitivo, y dejar en manos de los jueces naturales la solución de la controversia". De manera que para la Magistrada, la decisión de revocar el fallo por la improcedencia de la acción de tutela desborda el alcance de lo solicitado por la entidad recurrente.

[42] Constitución Política, Artículo 86. "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." [43] Decreto 2591 de 1991, artículo 10. "Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales." [44] Según disponen los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991.

[45] En el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 se dispone: "La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental".

[46] Corte Constitucional, sentencia T-721 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza). [47] Corte Constitucional, sentencia T-774 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[48] Ídem. [49] Corte Constitucional, sentencia T-710 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao). [50] Corte Constitucional, sentencia T-843 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) , "…la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte." [51] Corte Constitucional, sentencia T-164 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

[52] E n la Sentencia T-716 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz), se precisó que: "[L]a jurisprudencia constitucional ha manifestado que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario.

[53] Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). [54] Corte Constitucional, sentencias T-063 de 2009 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-562 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-522 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), entre otras.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-075 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). [56] Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2009 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

[57] Ver al respecto la sentencia T-396 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la cual ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-820 de 2009 (M.P.

Humberto Antonio Sierra Porto), T-354 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-491 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-327 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[58] Expediente T-6.280.613: la historia clínica del paciente hace parte del acervo probatorio allegado con la demanda. Como antecedentes se registra el tratamiento que sigue el médico tratante por neurotoxoplasmosis de acuerdo a su patología de base (VIH estadio 3). (folios 16 al 152) [59] Expediente T-6.262.895: el documento que sustenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral, da cuenta de la "clasificación infección por VIH estadio C3, desde el 1° de agosto de 2000, según prueba realizada en donación de sangre".

(folio 11) [60] Según antecedentes patológicos de la historia clínica (folios 16 a 168). [61] De acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral, en el resumen del caso se registra "cirugía el 13/11/2007, se le realizó hemicolectomía derecha e ilesostomía" (folio 11).

[62] Los tutelantes fueron calificados como inválidos por la pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, según dictámenes expedidos por las autoridades competentes (Colfondos y Protección) (folios 170 y 8, respectivamente).

[63] En la sentencia T-194 de 2016 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt), se señaló: "la pensión de invalidez protege a quienes han cotizado al sistema o que se encuentran realizando aportes y sufren una pérdida de su capacidad laboral en la proporción que la ley establece, para que tengan derecho a acceder a una fuente de ingresos que les permita solventar sus necesidades vitales".

[64] Sentencia T-648 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza). "Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, "por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social", con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios." [65] "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

[66] " Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones". [67] "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

[68] T-082 de 2015 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza). [69] Corte Constitucional, (M.P. Manuel José Cepeda). [70] T-920 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

[71] "Por la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones." [72] Preámbulo, Ley 100 de 1993: El sistema de seguridad social integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

[73] Como una de las reglas rectoras del Sistema General de Seguridad Social, señala el artículo 153: (…) 3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases

de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.

[74] Ley 1562 de 2012 “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional.”. El artículo 4. define al accidente de trabajo como “todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte (…)”.

[75] la Ley 1562 de 2012 dispone que constituye una enfermedad laboral “la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar” [76] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto-Ley 1295 de 1994, “Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”.

[77] Ley 100 de 1993, Artículo 206. “Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.” [78] Sentencia T-468 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio).

[79] Sentencia T-772 de 2007 (M.P. Humberto Sierra Porto): Entre ellos: “(i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposos requerido para optima recuperación. (ii) El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.” [80] Sentencia T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz), reseña tomada del Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en:

CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013. El certificado de incapacidad temporal , surge de “un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica.

[81] Ley 100 de 1993, artículo 206. [82] En sentencia T-468 de 2010 (M. P. Jorge Iván Palacio), la Corte resolvió varios expedientes acumulados sobre incapacidades. En el expediente T-2497616, el actor presentaba más de 540 días de incapacidad y, pese a que había sido calificada su pérdida de capacidad laboral con un porcentaje del 33,65%, los médicos seguían prescribiéndole incapacidades. Esta Corporación indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, por considerar que no existía ninguna norma legal que estipulara la obligación de reconocer el pago de incapacidades de origen común que excedieran los 540 días. No obstante, aclaró que le asistían otros derechos derivados de la relación laboral vigente, entre los que se encontraban: (i) que su empleador mantenía el deber de hacer aportes a la seguridad social en su beneficio; (ii) la posibilidad de reintegro una vez se alcanzara su rehabilitación; y (iii) la oportunidad de que su pérdida de capacidad laboral fuera nuevamente valorada.

En la sentencia T-684 de 2010 (M. P. Nilson Pinilla), se reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se

vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

En la sentencia 876 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza), se reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

En la sentencia T-004 de 2014 (M.P. Mauricio González), se ampara el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han proferido incapacidades laborales por más de 540 días cuando la EPS, ni el fondo administrador de pensiones haya pagado oportunamente las incapacidades prescritas ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez, porque se genera una vulneración al derecho al mínimo vital pues el no pago de las prestaciones económicas que surge como consecuencia de las incapacidades genera una presunción de afectación a dicho derecho, en la medida en que es la única fuente de ingreso del trabajador y su núcleo familiar, pues sustituye su salario mínimo que recibía como trabajador.

En la sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz), se ordenó a la EPS Salud Total, pagar algunos periodos de incapacidad, sin perjuicio de las acciones que esa entidad puede emprender para el reembolso de los dineros cancelados, en virtud del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

[83] Ley 1753, literal a, artículo 67, aparte destinación de recursos. [84] M.P. Gloria Stella Ortiz. [85] M.P. José Antonio Cepeda. [86] Decreto 1507 de 2014, artículo 3: “Conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo.” [87] Decreto 1507 de 2014, artículo 3, establece: “Fecha de estructuración. Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”.

[88] Sentencia T-295 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas) reiterada en la sentencia T-513 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas). Los pacientes con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional debido al carácter de su enfermedad y al estado permanente de deterioro médico al que están expuestos; calidad que los hace merecedores de un “trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran.” [89] Sentencia T-699A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), reiterada en la sentencia T-356 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio).

[90] M.P. Alejandro Linares Cantillo. [91] T-699A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-561 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla), T-962 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza), T-690 de 2013 (Luis Ernesto Vargas), T-070 de 2014 (M.P. María Victoria Calle), T-013 de 2015 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), T-011 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas), T-308 de 2016 (M.P. Alejandro Linares), T-318 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza), T-111 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero) y T-318 de 2016 (M.P.

Gabriel Eduardo Mendoza), entre otras. [92] M.P. Alejandro Linares Cantillo. [93] Ver sentencias SU-917 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio), C-816 de 2011 (M.P.

Mauricio González), C-898 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas), SU-053 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz), C-179 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero), entre otras.

[94] Sentencia T-801 de 2011 (M.P. María Victoria Calle). [95] M.P. Jaime Córdoba Triviño. [96] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. [97] El apoderado de Famisanar, con la contestación de la tutela, allegó como prueba una certificación emitida el 5 de junio de 2017, por el Coordinador de Prestaciones Económicas de la misma entidad, en la que relaciona las incapacidades a nombre de Luis "desde fecha inicial 16/03/11 hasta fecha final 07/06/2017", discriminadas de la siguiente manera: "(i) del 16/03/2011 al 27/03/2011 días incapacidad 12; (ii) del 28/03/2011 al 24/04/2011 días de incapacidad 28; (iii) del 25/04/2011 al 09/05/2011 días de incapacidad 15; (iv) del 18/10/2011 al 16/11/2011 días de incapacidad 30; (v) del 12/01/2012 al 16/01/2012 días de incapacidad 5; (vi) del 20/03/2012 al 24/03/2012 días de incapacidad 5; (vii) del 22/05/2013 al 04/06/2013 días de incapacidad 14; (viii) del 24/09/2013 al 25/09/2013 días de incapacidad 2; (ix) del 03/10/2013 al 07/10/2013 días de incapacidad 5; (x) del 17/10/2013 al 20/10/2013 días de incapacidad 4; (xi) del 28/10/2013 al 29/10/2013 días de incapacidad 2; (xii) del 07/11/2013 al 06/12/2013 días de incapacidad 30; (xiii) del 07/12/2013 al 04/01/2014 días de incapacidad 29;

(xiv) del 05/01/2014 al 03/02/2014 días de incapacidad 30; (xv) del 04/02/2014 al 04/03/2014 días de incapacidad 29; (xvi) 05/03/2014 al 03/04/2014 días de incapacidad 30; (xvii) del 04/04/2014 al 22/04/2014 días de incapacidad 19;

(xviii) del 23/04/2014 al 03/05/2014 días de incapacidad 11; (xix) del 04/05/2014 al 07/06/2017 incapacidades continuas por 30 días." (folio 192).

[98] Folio 183. [99] Folio 200. [100] Folio 192. [101] Del documento se extrae (i) que la entidad pago las incapacidades generadas por periodos discontinuos del "16/03/2011 al 03/05/2014", (ii) aquellas otorgadas de manera ininterrumpida por periodos de treinta (30) días, del "04/05/2014 al 22/06/2016" y (iii) las expedidas en el periodo del "23/06/2016 al 07/06/2017" no se pagaron (folios 191 y 192).

[102] Folio 193 a 194. [103] Según pantallazo del oficio expedido por Famisanar con fecha del 17 de marzo de 2017 dirigido a Colfondos, el Departamento de Medicina Laboral de Famisanar, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, remite el concepto de rehabilitación del afiliado Luis, con pronóstico laboral "Desfavorable" .

(negrilla del texto) (folio 200). [104] Decreto 29 de 2012, artículo 142. [105] Según certificación allegada como prueba por Famisanar (folios 191 y 192).

[106] De acuerdo a lo informado por la apoderada judicial de Colfondos en la contestación de la acción de tutela, en la que señaló que "el señor afiliado cuenta de acuerdo con lo evaluado por el médico tratante de su EPS con un pronóstico de Rehabilitación Desfavorable (folio 200).

[107] En sentencia T-490 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio), la Corte manifestó lo siguiente: "i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia;

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta." [108] Ley 100 de 1993, artículo 41, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

[109] Artículo 142 del Decreto 19 de 2012. [110] Folios 170 y 171, BP-R-I-L-9370-06-16 con fecha 23 de junio de 2016. [111] Sentencia Corte Constitucional, SU-588 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

[112] Folios 191 y 192, certificación expedida por el Coordinador de Prestaciones Económicas de Famisanar EPS, en la que se registran las incapacidades generadas desde el 16/03/2011 hasta el 07/06/2017.

[113] Concepto emitido por la Organización Mundial de la Salud -OMS-, el cual puede consultarse en el siguiente enlace: http://who.int/topics/chronic_diseases/es/ [114] Consultar, entre otras, la Sentencia T-040 de 2015 (M.P. María Victoria Calle).

[115] Sentencia T-580 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz). [116] En sentencia T-490 de 2015 (M.P. Jorge Iván palacio), la Corte manifestó lo siguiente:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia;

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.” [117] Ley 100 de 1993, artículo 41, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

[118] Artículo 142 del Decreto 19 de 2012. [119] Cuaderno principal, folio 42. [120] Cuaderno principal, folio 9. [121] Cuaderno principal, folio 42.

[122] Sentencia T-801 de 2011 (M.P. María Victoria Calle). [123] Cuaderno principal, folio 9. [124] Según el Decreto 917 de 1999, artículo 8.5: “deben considerarse tres criterios para llegar a un diagnostico por VIH y SIDA, de la siguiente manera: 1. Criterio epidemiológico: El criterio epidemiológico constituye el punto de partida del diagnóstico y comprende las diversas formas de transmisión y los antecedentes de riesgo y contactos positivos. 2. Criterio de laboratorio: El criterio de laboratorio se basa en la demostración del virus, sus productos o los anticuerpos que producen contra las distintas proteínas virales. Los métodos de diagnóstico se categorizan en: a) Detección de anticuerpos: pruebas presuntivas (ELISA), pruebas suplementarias (Western- Blood, inmunofluorescencia, pruebas rápidas o inmuno-blot), entre otros. b) Detección del virus o sus productos: Aislamiento del virus, detección del antígeno P24, reacción en cadena de la polimerasa (PCR), entre otros. c) Pruebas de laboratorio complementarias: perfil inmunológico, cuadro hemático y velocidad de sedimentación globular, población linfocitaria, relación CD4/CD8, pruebas inmunológicas de hipersensibilidad retardada, entre otras. 3. Criterio clínico:

El criterio clínico está dado por la detección de signos y síntomas descritos en relación con el SIDA. Siempre se debe tener en cuenta que el periodo de incubación puede durar varios años y que no todas las manifestaciones clínicas se darán en todos los pacientes, ya que una misma alteración puede tener características diferentes en las personas”.

[125] M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [126] Corte Constitucional, sentencia T-229 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos). [127] Corte Constitucional, sentencia T-522 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

[128] Ídem. [129] Ídem. [130] M.P. Cristina Pardo Schlesinger. [131] Sentencia C-042 de 2017 (M.P. Aquiles Arrieta): El principio pro homine es un criterio hermenéutico aplicable a todos los derechos humanos, en virtud del cual “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” Esta Corporación ha hecho referencia a la

aplicación de dicho principio en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. Así, en sentencia C-251 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez), en la que se revisó " el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", y de la Ley aprobatoria No. 319 del 20 de septiembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo", la Corte señaló:

"El artículo 4º consagran una regla hermenéuticas que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos (…).

En ese mismo orden de ideas, la Corte coincide con algunos de los intervinientes que señalan que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5º no puede ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos internacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones (…).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre), en la que expresamente manifestó que: "Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem , según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona".

[131] En sentencia C-1056 de 2004, [131] esta Corporación hizo referencia a dicha cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, señalando que prevalecen siempre las normas que ofrecen mayores garantías de protección a las personas. En palabras del Alto Tribunal:

"(…) es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanosconocida también como principio pro homine, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones " [132] Corte Constitucional, sentencia C-438 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos).

[133] Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez). [134] Ley 100 de 1993, ARTICULO. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

[135] Según dictamen sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, emitido por la IPS SURA, en diciembre 15 de 2014 (Cuaderno principal, folios 9 y 10).

[136] En la sentencia T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), La Corte, al revisar el caso de persona a quien se le había determinado una fecha retroactiva de estructuración de invalidez y continuó cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, señaló: "(…) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su

vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez . Así pues , el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez" (negrilla por fuera del texto original) En el mismo sentido también se puede consultar la sentencia T-710 de 09 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[137] "Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995" Manual Único para la Calificación de la Invalidez. En su artículo 2 define los conceptos de invalidez, de capacidad laboral y trabajo habitual.

"(…) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual." [138] Decreto 1507 de 2014, artículo 5°: Los procedimientos, exámenes y práctica de pruebas en el proceso de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral, así como los dictámenes, recursos de reposición y apelación que se encuentren en curso a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, se seguirán rigiendo y culminarán con los parámetros señalados en el Manual de Calificación establecido en el Decreto número 917 de 1999.

[139] Sentencia T-801 de 2011, M.P. María Victoria Calle. [140] "Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995" Manual Único para la Calificación de la Invalidez. En su artículo 2 define los conceptos de invalidez, de capacidad laboral y trabajo habitual. "(…) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual." [141] Decreto 1507 de 2014, artículo 5°: Los procedimientos, exámenes y práctica de pruebas en el proceso de calificación del origen y pérdida de la capacidad laboral, así como los dictámenes, recursos de reposición y apelación que se encuentren en curso a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, se seguirán rigiendo y culminarán con los parámetros señalados en el Manual de Calificación establecido en el Decreto número 917 de 1999.

[142] Como se establece en la sentencia, para proteger los derechos a la intimidad y al habeas data del accionante, la Sala modificó su nombre, dado que el expediente contiene datos sensibles suyos.

[143] Ver sentencia T-214 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 4 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.