

Sentencia T-020/16

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Juez debe verificar que efectivamente cesó la vulneración o amenaza de derechos fundamentales

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA EN TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude como agente oficioso

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ

La pensión de invalidez tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales. Del mismo modo se busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

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 UN AFILIADO QUE PADECE ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Caso en que se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva

Cuando se trata del reconocimiento de una pensión de invalidez de quien padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se deberán tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva.

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Persona con discapacidad o con alguna enfermedad grave

La Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se reconoció pensión de invalidez

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez

Referencia: expedientes T-5.160.943 – T- 5.173.997

Acciones de Tutela instauradas por Jhon Steven Orozco Caro, apoderado del señor Walter Arango Yepes en contra de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Gloria Patricia Leiva Castaño en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Derechos fundamentales invocados: Seguridad social, mínimo vital y móvil, vida, salud, igualdad y dignidad humana.

Temas: (i) Carencia actual de objeto; (ii) legitimación en la causa por activa; (iii)

procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional; (iv) carácter fundamental del derecho a la seguridad social en pensiones y la importancia de la pensión de invalidez y; (v) requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Problema jurídico: ¿Procede la acción de tutela para salvaguardar los derechos fundamentales de los peticionarios, presuntamente vulnerados por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), al negar el reconocimiento de las prestaciones reclamadas argumentado el no cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a sus pensiones?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Santiago de Cali, el veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015), el cual confirmó la sentencia del quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), del Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Santiago de Cali incoada por Jhon Steven Orozco Caro apoderado del señor Walter Arango Yepes en contra de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y; (ii) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué – Sala Penal, el treinta (30) de junio de dos mil quince (2015), el cual confirmó la sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil quince (2015), del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué en el trámite de la acción de tutela impetrada por la señora Gloria Patricia Castaño Leiva en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

La Sala Décima de Revisión mediante Auto del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015) decidió acumular, para ser fallados en la misma sentencia, el expediente T-5.173.997 al expediente T- 5.160.943, por presentar unidad de materia relacionada con la vulneración de los derechos fundamentales derivada del no reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez de los accionantes.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. EXPEDIENTE T- 5.160.943.

1.1.1 SOLICITUD.

Jhon Steven Orozco Caro, actuando en nombre y representación de Walter Arango Yepes, interpone acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al considerar que no reconocerle pensión de invalidez, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas al fondo de pensiones, dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud, igualdad y dignidad humana.

Por tanto, solicita se le ordene al demandado reconocer la pensión de invalidez, conforme a la calificación de pérdida de la capacidad laboral, que le fue diagnosticada

1.1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO.

1.1.2.1. Dentro del escrito de tutela afirma el apoderado del accionante, que Walter Arango Yepes padece cáncer en la glándula parótida derecha con bacafque y reporta carcinoma metastásico; el cual según concepto médico del Dr. Gustavo Adolfo Cuello, evidencia induración en amígdala derecha.

1.1.2.2. Señala que por su grave estado de salud ha sido incapacitado por más de ciento ochenta (180) días, sin embargo, a pesar de habersele pagado los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad por CONFENALCO VALLE EPS, lo mismo no ocurrió con

los días posteriores pues el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se negó al pago, debido al concepto desfavorable de rehabilitación que ya había sido expedido.

1.1.2.3. Indica que debido al padecimiento de salud y por el concepto no favorable de rehabilitación, CONFENALCO VALLE EPS, remitió toda su historia clínica al Fondo de Pensiones para que se calificara la pérdida de su capacidad laboral.

1.1.2.4. La empresa de seguros de vida ALFA S.A. mediante comunicado de fecha cinco (5) de diciembre de dos mil catorce (2014) le informó al señor Arango Yepes, que una vez realizada la calificación de la pérdida de la capacidad laboral el veintiocho (28) de noviembre del mismo año, se obtuvo como resultado una pérdida de su capacidad laboral del sesenta y uno punto siete por ciento (61.7%), pues padece cáncer de parótida derecha (carcinoma ductal infiltrante con invasión vascular evidente), con posterior aparición de metástasis a nivel pulmonar y con concepto final de rehabilitación desfavorable.

1.1.2.5. En razón a lo anterior, el veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015), el accionante radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A.

1.1.2.6. La entidad demandada le informó al actor que no es viable el reconocimiento de la pensión de invalidez ya que para la fecha del dictamen de calificación, no cumplía con el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas al fondo de pensiones, dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez.

1.1.2.7. Sostiene el accionante que si bien es cierto el señor Arango Yepes fue intervenido el quince (15) de febrero de dos mil catorce (2014), no lo es que desde esa fecha se haya perdido su capacidad laboral, pues se debe tener en cuenta es la fecha de la calificación de pérdida de la misma.

1.1.2.8. Manifiesta que en razón a la obligatoriedad y progresividad del derecho a la seguridad social, el Constituyente le confirió al Congreso un amplio margen de configuración política, el cual no puede predicarse como absoluta, pues se encuentra limitado, de manera general por requisitos formales de trámite y sustanciales que responden a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

1.1.2.9. Arguye que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado que en desarrollo de dicha potestad legislativa en materia de seguridad social, el legislador debe procurar condiciones que amplíen los beneficios existentes, y que no desmejoren las condiciones creadas; por tanto una disposición normativa que resulte regresiva se presume, prima facie, inconstitucional, salvo que se fundamente en razones justificables y proporcionadas en comparación con las posibles circunstancias desfavorables que se causen.

1.1.2.10. Refiere que el régimen de seguridad social establece dos requisitos generales para que se pueda tener acceso a la pensión de invalidez por riesgo común. En primer término, quien la solicita debe tener pérdida de la capacidad laboral en un cincuenta por ciento (50%) o más, lo cual se traduce en la imposibilidad de desarrollar una actividad de tipo productivo y justifica la asistencia del sistema para atender sus necesidades y, en segundo lugar, una cotización mínima al mismo.

1.1.2.11. Recuerda que el estado de invalidez se determina por medio de una calificación proferida por las entidades autorizadas por la ley, a partir de la cual se obtiene un dictamen de la condición de la persona que comprende el porcentaje de afectación producido por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía que arrojan un valor y determinan en conjunto un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral; el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez, la cual resulta de vital importancia, por cuanto es el indicativo temporal, que señala cuando la persona ve mermadas sus capacidades laborales y, por tanto determina el momento a partir del cual, al no serle posible continuar generando ingresos, la faculta para exigir el pago de una prestación monetaria como sustituto de estos.

1.1.2.12. Refiere que las Leyes 797 de 2003 y 860 de 2003, establecieron unos requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto aumentó el número de semanas cotizadas requeridas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, estableciendo una exigencia de fidelidad adicional, lo cual a su juicio constituye una medida regresiva en materia de seguridad social, pues de un régimen más favorable, en el cual se exigían veintiséis (26) semanas de cotización en cualquier tiempo se pasó a cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración, y se estableció un requisito adicional de fidelidad que no estaba previsto en la normatividad

anterior.

1.1.2.13. Hace mención a algunos pronunciamientos de esta Corporación, en casos similares como: (i) sentencia T-1291 de 2005, en esta oportunidad se consideró que dado que la accionante había empezado a cotizar bajo el régimen previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y que para el momento en que se estructuró la invalidez había cumplido con el requisito de cotizar veintiséis (26) semanas; la modificación introducida por la Ley 860 de 2003, vulneraba el principio de progresividad, y por ende los derechos fundamentales de la demandante, al no establecer un régimen de transición y, (ii) sentencia T-043 de 2007, en la cual se hizo mención a los casos en los que la Corte consideró necesario inaplicar el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y, en su lugar, examinar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues las exigencias introducidas por la nueva normatividad, imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica.

1.1.2.14. Para terminar, afirma que la fecha de estructuración de la invalidez, tenida en cuenta por la aseguradora Vida Alfa S.A. no representa el momento en que el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo exige el Decreto 917 de 1999, pues con posterioridad al diecinueve (19) de febrero de dos mil catorce (2014), fecha en la cual se diagnosticó la patología, se encontraba afiliado al sistema, lo cual implica que la fecha de consolidación de la invalidez debe ser el día del dictamen, es decir, el veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014).

1.1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante Auto del seis (6) de mayo de dos mil quince (2015), el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Oralidad del Santiago de Cali, admitió la demanda interpuesta y ordenó correr traslado de la misma a la entidad accionada para que rindiera informe sobre los hechos objeto de la acción.

De igual forma, como terceros interesados en las resultas del proceso, ordenó la vinculación al trámite de la tutela a Comfenalco Valle EPS, Seguros Vida Alfa S.A. y a la Junta Regional de Calificación del Valle del Cauca.

1.1.3.1. Fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones y Cesantía PORVENIR S.A., a través de apoderado judicial, respondió la acción de la referencia, y solicitó negar las pretensiones elevadas por el accionante, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.1.3.1.1. Señala que conforme a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, procedió a revisar la historia laboral del accionante, encontrando que no cumplía con el requisito de las cincuenta (50) semanas de cotización en los tres (3) últimos años anteriores a la fecha de la estructuración de su invalidez, por tanto no le era viable el reconocimiento de la prestación pretendida.

1.1.3.1.2. Afirma que los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, deben darse de manera simultánea, de tal forma, que la ausencia de uno de ellos impide que el solicitante acceda a la prestación económica reclamada al sistema.

1.1.3.1.3. Relata que luego de conocerse la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez, el señor Arango Yepes optó por la devolución de saldos, consagrada en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, por lo cual se procedió con la misma, a través de abono a la cuenta informada por el accionante, comunicándole de dicha situación mediante oficio del veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015).

1.1.3.1.4. Señala que es evidente que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno al actor, pues el hecho de que se haya rechazado la solicitud de pensión de invalidez por no cumplir dentro del Sistema General de Pensiones con los requisitos de orden legal para su causación, no constituye una conducta trasgresora de derechos fundamentales, cosa diferente sería que una vez cumplidos por parte de un afiliado los requisitos de orden legal para la generación del derecho a una pensión, la entidad llamada a su reconocimiento se sustrajera de tal obligación.

1.1.3.1.5. Adicionalmente, alegó que al tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y 6 numeral 1º del Decreto 2591 de 1994, la acción de tutela resulta improcedente, pues al tratar sus pedimentos de reclamación relativa a la pensión de invalidez, debe acudir al procedimiento laboral ordinario preceptuado en la Ley 712 de 2001, para hacer valer sus pretensiones ante esa jurisdicción.

1.1.3.1.6. Finalmente, advirtió que la acción deviene improcedente por cuanto el

accionante no aportó ninguna prueba que demostrara que existe un perjuicio irremediable.

1.1.3.2. COMFENALCO VALLE EPS.

COMFENALCO VALLE EPS, a través de apoderado judicial, solicitó no conceder la tutela, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sostuvo que dicha EPS no es la entidad llamada a realizar el pago de las prestaciones económicas solicitadas en el escrito de demanda, ya que solo está obligada a pagar las incapacidades correspondientes en los primeros ciento ochenta (180) días si cumple con los requisitos para su reconocimiento, conforme lo establece la ley.

Adicionalmente, alegó que todas las prestaciones económicas que se generen posteriores a los ciento ochenta (180) días de incapacidad, deben ser reconocidas por el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., ya que es el responsable de asumir las prestaciones económicas que se derivan de la enfermedad profesional y que superan los ciento ochenta (180) días.

1.1.3.3. JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA.

La Directora Administrativa y Financiera de la Sala dos (2) de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, manifestó que el señor Walter Arango Yepes no ha sido calificado por esa entidad, ni existe solicitud para determinar la pérdida de su capacidad laboral por ninguna entidad.

1.1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES.

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.1.4.1. Copia de la historia clínica y epicrisis del señor Walter Arango Yepes, suscritas por la Corporación Comfenalco Valle, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013). (Fls. 3-6).

1.1.4.2. Copia de la historia clínica y epicrisis del señor Walter Arango Yepes, suscritas por la Corporación Comfenalco Valle, el quince (15) de febrero de dos mil catorce (2014).

(Fls. 7-13).

1.1.4.3. Copia de la historia clínica y epicrisis de Walter Arango Yepes, fechadas diecisiete (17) de marzo de dos mil catorce (2014), suscritas por la Corporación Comfenalco Valle. (Fls.14-17).

1.1.4.4. Copia de la historia clínica y epicrisis del señor Walter Arango Yepes, suscritas por la Corporación Comfenalco Valle, el veintinueve (29) de marzo de dos mil catorce (2014). (Fls. 18-22).

1.1.4.5. Copia de la relación de aportes efectuados por el señor Walter Arango Yepes a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir. (Fl. 23).

1.1.4.6. Copia de las tarjetas de identidad de los menores Jeison Steven Arango Rivera y Juan Felipe Arango Rivera. (Fls. 24-25).

1.1.4.7. Certificado de incapacidades tramitadas por Walter Arango Yepes ante Comfenalco Valle, expedido el dieciocho (18) de febrero de dos mil quince (2015), junto con sus respectivos soportes. (Fls. 26-35).

1.1.4.8. Certificación sobre la rehabilitación integral del señor Walter Arango Yepes, expedido por Comfenalco Valle EPS. (Fl. 36).

1.1.4.9. Copia de la calificación de pérdida de capacidad laboral enviada al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (Fl. 37).

1.1.4.10. Copia del formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez del señor Walter Arango Yepes, realizado el veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014). (Fls. 38-41).

1.1.4.11. Copia del Oficio No. 536 del siete (7) de abril de dos mil quince (2015), mediante el cual el Administrador de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. informa al accionante la negativa a su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. (Fl. 42).

1.1.4.12. Copia del Oficio No. 536 del veintiocho (28) de abril de dos mil quince

(2015), mediante el cual el Administrador de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. le informó al señor ARANGO YEPES que ha realizado un giro por valor de un millón novecientos cincuenta y seis mil cero setenta y ocho pesos (\$1.956.078) con destino al Banco Av. Villas, en la cuenta de ahorros No. 126813307, correspondiente al saldo existente en su cuenta de ahorro individual. (Fl. 140).

1.1.5. DECISIÓN JUDICIAL.

1.1.5.1. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA - JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI.

El Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante providencia del quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), declaró improcedente la acción de tutela al considerar que el accionante cuenta con otro medio de defensa a su alcance para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sumado al hecho de que no se configuró la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio.

Sostiene que la entidad accionada, Porvenir S.A., cumplió con lo solicitado, pues al actor, mediante comunicación del día siete (7) de abril del dos mil quince (2015), se le informó el rechazo de su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en la aplicación de la normatividad vigente al momento de la fecha de la estructuración de la invalidez, por lo tanto se procedió sobre la aprobación y al pago de la devolución de saldos.

Finalmente dispuso declarar improcedente la acción de tutela, al considerar que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para asegurar el pleno respeto de los derechos invocados.

1.1.5.2. IMPUGNACIÓN DEL FALLO.

Indicó el accionante, mediante escrito del veintidós (22) de mayo de dos mil quince (2015), que la acción de tutela debió ser concedida, pues si bien es cierto se radicó ante la entidad la solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante comunicado del siete (7) de abril del dos mil quince (2015), en el cual, adicionalmente se le informó que en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 100

de 1993, podía optar por la devolución del saldo existente en la cuenta individual de ahorro pensional y el valor correspondiente a la redención anticipada de su bono pensional; no obstante, la entidad demandada realizó dicha devolución de aportes sin que se haya presentado solicitud alguna del actor o de su apoderado, como lo pretende hacer ver la demandada, al realizar el giro en la cuenta No. 126813307 del Banco AV VILLAS, por dicho concepto.

1.1.5.3. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA-JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SANTIAGO DE CALI.

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Santiago de Cali, mediante providencia del veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015), resolvió confirmar la sentencia del quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Santiago de Cali.

La decisión se fundamentó en que lo pretendido por el actor no puede ser objeto de solución por vía de la acción de tutela, toda vez que, dentro de lo solicitado se encuentra la discusión de situaciones, indemnizaciones y cargas prestacionales laborales, que deben ser ventiladas dentro de un proceso que amerite un amplio debate probatorio, que incluso le garantice además el análisis por parte del Juez Natural especializado, como lo es el Juez Laboral, a la luz de las pruebas y de los conocimientos sustantivos y procesales de la acción ordinaria.

1.2. EXPEDIENTE T- 5.173.997.

1.2.1. SOLICITUD.

La señora Gloria Patricia Castaño Leiva demanda al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, dignidad humana, seguridad social, mínimo vital y móvil, vida digna y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, por no acreditar el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, a pesar de que afirma sí cumplirlas.

1.2.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO.

1.2.2.1 Dentro del escrito de tutela sostiene la accionante que a pesar de estar afiliada al régimen contributivo de salud desde mil novecientos noventa y siete (1997), solo hasta el dos (2) de julio de dos mil doce (2012) fue inscrita al fondo de pensiones.

1.2.2.2 Refiere que el veinticuatro (24) de junio de dos mil trece (2013), fue remitida a medicina laboral por presentar posiblemente artritis reumatoide, la cual reflejaba un progreso de manera rápida y dolor en múltiples articulaciones de todo el cuerpo.

1.2.2.3 Posteriormente fue valorada por el médico especialista Juan Guillermo López, quien confirmó el diagnóstico de “artritis reumatoide seropositiva” razón por la cual el veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013) le comunicó a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) el concepto no favorable de rehabilitación, con el fin de que se realizara un estudio técnico - médico para establecer la pérdida de la capacidad laboral.

1.2.2.4 Manifiesta que el tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013), se le comunicó el Dictamen No. 201333134QQ del veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013), cuyo resultado o porcentaje de calificación de invalidez, fue del cincuenta y seis punto cincuenta y seis por ciento (56.56%) por enfermedad común.

1.2.2.5 La Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) mediante Resolución No. GNR113391 del veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014), negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por no acreditar el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

1.2.2.7 Señala que la enfermedad que padece es crónica y de naturaleza autoinmune, caracterizada por la afectación simétrica de múltiples articulaciones, pudiendo causar, en fases avanzadas, importantes limitaciones físicas, viéndose seriamente afectada la calidad de vida de quien la padece. Así mismo provoca dolor y dificultad de movimiento, perdiendo movilidad de manera progresiva.

1.2.2.8 Indica que la fecha tenida en cuenta por Colpensiones como estructuración de la

enfermedad, no es cierta, ya que en la historia clínica se puede constatar que los primeros síntomas de su patología ocurrieron después del cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012), momento en el cual ya se encontraba cotizando al sistema de seguridad social en salud y pensión. Además, recuerda que la Corte Constitucional ha establecido que es imposible determinar la pérdida de la capacidad laboral de forma definitiva en enfermedades degenerativas.

1.2.2.9 Manifiesta que al tenerse como fecha de estructuración de la invalidez el veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013), de conformidad con la planilla adjuntada por Colpensiones, daría como resultado un total de sesenta y nueve punto setenta y dos (69.72) semanas cotizadas, lo cual demuestra que se cumple con los requisitos mínimos establecidos por la Ley 860 de 2003 para obtener la pensión de invalidez.

1.2.2.10 Narra que la seguridad social se erige en el ordenamiento jurídico colombiano como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, el cual se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social.

1.2.2.11 Sostiene que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. Por ende el derecho a la pensión de invalidez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando padecen de una discapacidad que disminuye o anula su capacidad laboral, que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna.

1.2.2.12 Indica que el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir; en segundo lugar, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra gran importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del

derecho irrenunciable a la seguridad social.

1.2.2.13 Reitera que la Corte Constitucional en diferentes oportunidades ha analizado en sede de revisión las controversias jurídicas suscitadas por el cambio normativo sufrido con la expedición de la Ley 860 de 2003, constatando que el requisito de fidelidad al sistema consagrado en dicho precepto normativo es regresivo, ya que genera una disminución de los niveles de protección de los titulares del derecho a la seguridad social y además que no existían razones imperiosas que justificaran al legislador hacer más gravosos los requisitos para obtener esta prestación.

1.2.2.14 Así las cosas, considera que para acceder a la pensión de invalidez únicamente es necesario acreditar por parte de la persona que solicita una prestación: (i) encontrarse en un estado de invalidez, es decir, haber perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral y; (ii) haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o al hecho causante de la misma.

1.2.2.15 Finalmente, señala que cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y, a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso.

1.2.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué procedió a admitirla y ordenó correr traslado de la misma a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones –.

Dentro del término de traslado la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – no se pronunció.

1.2.4. PRUEBAS DOCUMENTALES.

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

- 1.2.4.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Gloria Patricia Castaño Leiva. (Fl. 11).
- 1.2.4.2. Copia del carné de afiliación de la señora Gloria Patricia Castaño Leiva a la EPS Servicio Occidental de Salud S.A. (Fl. 11).
- 1.2.4.3. Copia de la historia clínica de la señora Castaño, en la que consta la evolución y trámite de su patología. (Fls. 12-28).
- 1.2.4.4. Remisión a medicina laboral por parte de la médico general Valentina Castaño López, adscrita a la IPS PASBISALUD S.A.S. (Fl. 29).
- 1.2.4.5. Copia controlada de la historia clínica de la señora Castaño Leiva. (Fls. 30-32).
- 1.2.4.6. Certificado de aptitud médica ocupacional. (Fls. 33-34).
- 1.2.4.7. Copia del concepto no favorable de rehabilitación, suscrito por la dependencia técnica de la Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud. (Fl. 35-36).
- 1.2.4.8. Copia de la historia clínica, suscrita el diez (10) de diciembre de dos mil trece (2013), por el Doctor Juan Pablo Restrepo Escobar, internista – reumatólogo. (Fls.37-38).
- 1.2.4.9. Copia del dictamen de pérdida de la capacidad laboral de la señora Gloria Patricia Castaño Leiva, junto con su respectiva constancia de notificación. (Fls. 40-43).
- 1.2.4.10. Copia de la Resolución No. GNR 113391 del veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014), mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la accionante. (Fls. 44-46).
- 1.2.4.11. Copia del recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra

la Resolución No. GNR 113391 del veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014). (Fls. 48-55).

1.2.4.12. Copia de la Resolución No. GNR 314015 del nueve (9) de septiembre de dos mil catorce (2014), mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto y se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución No. GNR 113391 del veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014). (Fls. 55-58).

1.2.4.13. Copia de la Resolución No. VPB 5052 del veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), por la cual se resuelve el recurso de apelación impetrado en contra de la Resolución No. GNR 113391 del veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014). (Fls. 59-61).

1.2.4.14. Reporte de semanas cotizadas al sistema de seguridad social, actualizado al veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015). (Fls. 62-63).

1.2.4.15. Copia de la Resolución No. GNR 153520 del veintiséis (26) de mayo de dos mil quince (2015), mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la señora Gloria Patricia Castaño Leiva, por valor de seiscientos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta pesos (\$644.350). (Fls. 7-10 Cdno. 2).

1.2.5. DECISIÓN JUDICIAL.

1.2.5.1 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA – JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ.

En Sentencia proferida el diecinueve (19) de mayo de dos mil quince (2015), el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, negó la solicitud de amparo de los derechos invocados por la tutelante con base en los siguientes argumentos:

El a quo recordó que la acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; por lo tanto, al ser un procedimiento preferente y sumario, como lo consagra el Decreto 2591 de 1991, implica que en el trámite de la tutela prima el principio de celeridad y el papel del juez no puede ser idéntico al que cumple ordinariamente, cuando deduzca una grave e inminente violación o amenaza del derecho

constitucional fundamental.

No obstante lo anterior, dejó en claro que la efectividad de los derechos fundamentales y legales por regla general se le encomienda al Juez ordinario y excepcionalmente al constitucional, siempre y cuando no haya en el ordenamiento jurídico algún mecanismo para su protección, o habiéndolo, en el caso concreto, este resulte ineficaz o tardío, pero solo como mecanismos transitorio.

Con fundamento en estas premisas, determinó que no se desconoce que la accionante tenga derecho a la prestación que alega, pero la acción de tutela no es la vía principal para su resolución, como tampoco transitoria, ya que existen otras en la jurisdicción laboral para definir el conflicto planteado.

1.2.5.2. IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social. La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades de laboral y de seguridad social; sin embargo, con base en el artículo 86 de la Constitución, también se han indicado dos excepciones a la regla general de la improcedencia. En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

Como fundamento de lo anteriormente expuesto, hace mención a la sentencia T-075 de 2009, en la cual la Sala de Revisión concedió el amparo a una señora que contaba con sesenta y siete (67) años y ochenta y ocho punto seis por ciento (88.6%) de incapacidad laboral, cuyo único ingreso económico era el salario por lo que al perder su capacidad laboral quedó sin poder realizar alguna actividad que le permita subsistir dignamente.

Adicionalmente, menciona la sentencia T-217 de 2009, en la cual se ordenó reconocer la pensión de invalidez a una señora de sesenta (60) años que sufrió una pérdida de la capacidad laboral del sesenta y nueve por ciento (69%) debido a la enfermedad renal crónica terminal que padecía, la cual a su vez, le impedía valerse por sí misma y trabajar.

Finalmente, manifiesta que la afectación de sus derechos fundamentales corresponden a una medida urgente que no puede dar espera y por ende requiere de la protección inmediata por parte de la administración de justicia, toda vez que no cuenta con otro medio de defensa de sus derechos, en razón a su precario estado de salud, el cual pone en riesgo su vida, como está demostrado en la historia clínica y en los conceptos médicos, ya que a pesar de existir otros mecanismos judiciales para el reconocimiento y pago de la pensión solicitada, estos serían excesivamente extensos y es posible que ni siquiera pueda gozar de la pensión que le dignifique en algo su vida.

1.2.5.3. SEGUNDA INSTANCIA – TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA, SALA DE DECISIÓN PENAL.

Mediante Sentencia proferida el treinta (30) de junio de dos mil quince (2015) la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Tolima, confirmó la sentencia de primera instancia.

Señaló el Tribunal que el reconocimiento de derechos pensionales no consulta los propósitos de la acción de tutela y, por lo tanto, no es el mecanismo judicial idóneo, pues existen otros medios e instrumentos procesales en la jurisdicción laboral para lograr tal cometido.

Estableció que las pretensiones de la señora Gloria Patricia Castaño Leiva no son asunto del juez de tutela, a quien no le son atribuibles funciones que le competen a otras autoridades, sino que esos pronunciamientos se logran a través de acciones o recursos conducentes donde sea el juez o la autoridad competente el que indique si le asiste o no razón a la accionante.

2. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

2.1. Mediante auto del veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015), el

magistrado sustanciador ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional que oficiara al Administrador de Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A., para que remitiera certificación en la que conste de forma clara, concreta y detallada la relación de aportes efectuados por el señor Walter Arango Yepes, el estado actual de su afiliación y las razones o fundamentos jurídicos tenidos en cuenta para realizar la devolución de saldo existente.

2.2. A través de oficio radicado el cuatro (4) de diciembre de dos mil quince (2015) en la Secretaría General de la Corte Constitucional, Porvenir S.A. allegó al expediente la historia laboral del señor Arango Yepes referente a los aportes realizados ante esa Sociedad Administradora hasta el treinta (30) de agosto de dos mil quince (2015); certificó que en su registro aparece reportado con “prestación definida rechazo de pensión de invalidez con devolución de saldos” y; que la disposición normativa tenida en cuenta como soporte de la devolución de aportes fue el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

2.3. Mediante oficio radicado el veinte (20) de enero de dos mil dieciséis (2016) en la Secretaría General de la Corte Constitucional, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, informa que mediante Resolución GNR 153520 del veintiséis (26) de mayo de dos mil quince (2015), reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez a la señora Gloria Patricia Castaño Leyva, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.101.094.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA.

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a lo reseñado respecto de las situaciones fácticas planteadas y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de las solicitudes de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión determinar si las entidades accionadas están vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, de los accionantes al negarles el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con el argumento de no haber cotizado cincuenta (50) semanas en

los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003.

3.2.1. Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, el fenómeno de la carencia actual de objeto; segundo, la legitimación en la causa por activa; tercero, la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional; cuarto, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social en pensiones y la importancia de la pensión de invalidez; quinto, requisitos para acceder a la pensión de invalidez; sexto, la protección constitucional reforzada de los sujetos de especial protección constitucional como las personas con discapacidad o con alguna enfermedad grave y; séptimo, los casos concretos.

3.2.2. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

La acción de tutela fue concebida para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas ante la vulneración o amenaza de los mismos. Pero, si durante el trámite de la misma los motivos que generan esa vulneración o amenaza, cesan o desaparecen por cualquier causa, la tutela pierde su razón de ser ya que no existe ningún objeto jurídico sobre el cual pronunciarse. Cuando se presenta esta situación, estamos ante el fenómeno de la carencia actual de objeto, el cual a su vez, se concreta a través de dos eventos: el hecho superado y el daño consumado.

Al respecto, la Corte ha entendido que el hecho superado se presenta cuando “en el entretanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado”[1].

“(C)uando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”

Frente a estas circunstancias la Corte ha entendido que:

“el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”[3].

El daño consumado está consagrado en el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, una de las causales de improcedencia de la acción de tutela se configura cuando “sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”. Con base en este precepto legal, se tiene que una consecuencia necesaria de la ocurrencia del daño consumado es la improcedencia de la acción de tutela. Cabe ahora citar textualmente lo que en varias oportunidades ha expresado esta Corporación:

En la Sentencia T-449 de 2008[4], acerca del concepto de daño consumado, se expuso que:

“... hay una carencia actual de objeto por la presencia de un daño consumado cuando, al igual que en la hipótesis anterior, se constata que las condiciones de hecho que generan la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales del accionante cesan, desaparecen o se superan pero, sin existir una reparación del derecho.”

Por otro lado, la Sentencia T-612 de 2009[5], indicó:

“Ahora bien, la carencia de objeto por daño consumado supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”.

De otro lado, se habla de daño consumado cuando efectivamente la amenaza al derecho fundamental se materializa, aun estando en trámite la solicitud de amparo, generando consecuencias negativas sobre los derechos del solicitante, situación que precisamente se buscaba evitar con el mecanismo de protección constitucional. Al ser una situación que de hecho recae sobre la persona, haciéndola irreversible, un pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela con el objetivo de proteger el derecho sería inocuo, en tanto, ya se ha generado un daño, que si bien puede ser reparado, el objetivo principal era evitarlo.

Debe tenerse en cuenta que las premisas que sustentan el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto y sus dos posibles consecuencias, hecho superado y daño consumado, si bien son producto de un mismo supuesto “carencia de objeto”, presentan características disímiles que las hacen incomparables. Por un lado, el hecho superado se presenta cuando cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo, es decir, en el curso del proceso de tutela las situaciones de hecho generadoras de la vulneración o presunta vulneración desaparecen o se solucionan; por el otro, en el daño consumado, la amenaza de vulneración se perfecciona, configurándose un perjuicio para el actor. Tanto el hecho superado como el daño consumado se deben presentar durante el trámite de la acción de tutela.

3.2.2.1. El fallo judicial en sede de revisión frente al hecho superado y el daño consumado.

La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer la diferencia entre hecho superado y daño consumado, valorando principalmente si tendría sentido emitir un pronunciamiento de fondo, en tanto se ha presentado una circunstancia de hecho concomitante al trámite de tutela, como lo es por ejemplo, la muerte del accionante[6] o la garantía efectiva del derecho fundamental por parte del accionado, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Al abordar el tema de la carencia actual de objeto, la Corte ha sostenido que la tutela debe declararse improcedente, por cuanto cualquier orden que se pudiera pronunciar sería ineficaz para la defensa y protección de los derechos fundamentales de quien los invoca, finalidad última del recurso de amparo.

No obstante, en virtud del papel de la Corte Constitucional como intérprete del alcance de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Política, cuando se presenta un hecho superado, la función de las Salas de Revisión debe ir más allá de declarar la improcedencia de la acción de tutela, por lo que les es imperativo “que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado[7], lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a

las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.”[8]

Bajo el mismo presupuesto anteriormente señalado, frente al daño consumado, la Corte expresó:

“En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño”.[9]

De acuerdo con lo anterior, la ocurrencia de un daño consumado por carencia actual de objeto no necesariamente debe conducir al juez constitucional a declarar improcedente la acción de tutela. Por el contrario, debe evaluar de fondo las alternativas que pueden llevar a solucionar la continuidad del daño o detenerlo, o en caso de ser materialmente imposible, tomar las medidas necesarias tendientes a que se investigue y determine la responsabilidad de los autores del mismo, de acuerdo con las características particulares de cada situación. Más aún si se trata de un Tribunal Constitucional, cuyas facultades exceden a las de un juez ordinario con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

3.2.3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

Tal como se encuentra estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial en virtud del cual a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez a solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

Desde sus inicios esta Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, “es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o

capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.”.[10]

Sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante, conforme se advierte en lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, admitiéndose también la agencia de derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, y la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

Por ello, este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa[11].

Ahora bien, de la informalidad de la acción se ha entendido “que quien la ejerza no requiere ninguna calidad especial ni necesita ser abogado titulado pues se trata de un procedimiento preferente y sumario que puede iniciarse, como lo dice la Constitución, por toda persona que estime pertinente reclamar ante los jueces, “...por sí misma o por quien actúe a su nombre...”, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Estamos ante una acción con características singulares que, en razón de su objeto, han sido trazadas por la misma Carta Política, de lo cual resulta que no podrían el legislador ni el intérprete supeditar su ejercicio a los requisitos exigidos corrientemente por la ley para otro tipo de acciones.”[12] Por lo tanto carecería de todo fundamento que en los eventos en que la acción es ejercida por un tercero como agente oficioso, se exigiera el título de abogado, puesto que se desvirtuaría la informalidad que caracteriza la acción, arriesgando la efectividad de la misma. Caso distinto es cuando se ejerce la tutela a nombre de otro pero a título profesional, en virtud del mandato judicial. Frente a lo cual, esta Corporación en la sentencia T-550 de 1993, sostuvo:

“(E)s evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971).

Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.

Al respecto debe recordarse que, según el artículo 26 de la Constitución, si bien toda persona es libre de escoger profesión u oficio, la ley podrá exigir títulos de idoneidad y las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones.

El caso específico de los procesos de tutela ha sido regulado directamente por la Constitución (artículo 86) en los ya expresados términos, pero en concreto sobre la representación judicial no estableció norma alguna, luego en ese aspecto son aplicables las reglas generales que establecen como principio el de que toda representación judicial -salvo los casos determinados en la ley- únicamente tendrá lugar a través de abogado.

El artículo 38, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991 dispone: “El abogado que promoviére la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”.

Esta disposición no tendría sentido ni podría ser aplicada si no se entendiera, como lo hace la Corte, que para ejercer la representación con base en mandato judicial y actuando el apoderado a título profesional, así sea en materia de tutela, es indispensable que aquel sea abogado titulado y en ejercicio, de conformidad con las normas del Decreto 196 de 1971.

En el proceso de cuya revisión se trata, tenemos que quien suscribe la demanda, a nombre de varias personas con base en poder especial otorgado por éstas, dice ser abogado con Licencia Provisional expedida por el Tribunal Superior de Cali.

Esta clase de licencias (artículo 18 Decreto 196 de 1971), a diferencia de las temporales, permite el ejercicio de la profesión sin restricciones ante todos los jueces y tribunales del país, pues constituye el documento que acredita el título y la inscripción del abogado mientras se expide la correspondiente Tarjeta Profesional.

Por tanto, en este caso podía el firmante apoderar a unas personas naturales si éstas estimaban violados sus derechos constitucionales fundamentales y ejercer, en representación judicial de ellas, la acción de tutela.”

Posteriormente, en la sentencia T-531 de 2002[13], se realizó un análisis de los requisitos constitucionales y legales para que se perfeccione la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela cuando la misma se promueve por intermedio de apoderado judicial, así:

“El fundamento de validez.

Al igual que la agencia oficiosa en materia de tutela el apoderamiento judicial tiene como fuente de validez los enunciados normativos del art. 86 de la Constitución y los del art. 10 del decreto 2591 de 1991, esto es que la promoción de la acción puede hacerse por cualquiera persona directamente o “por quien actúe en su nombre” (art. 86), enunciado que es reinterpretado por el legislador delegado del decreto 2591 de 1991 en el sentido de concretar el sentido de la norma constitucional al introducir la posibilidad de la representación[14], de tal forma que toda persona podrá adelantar la acción de tutela “por sí misma o a través de representante” (art. 10).

Elementos normativos.

Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito llamado poder que se presume auténtico[15]. (iii) El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial.[16] En este sentido (iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido[17] para la promoción[18] de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen[19] en el proceso inicial. (iv) El destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho[20] habilitado con tarjeta profesional[21].

Efectos del apoderamiento.

El principal efecto del apoderamiento, es el de perfeccionar la legitimación en la causa por

activa, por lo cual el juez de tutela estará en la obligación, después de constatar sus elementos, de proceder a pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones relacionados en el escrito de acción respectivo.”

En otra oportunidad, la Corte en sentencia T-995 de 2008[22], reiteró los requisitos del apoderamiento judicial en los procesos de tutela, y estableció que:

“La Corte en reiterados fallos ha señalado los elementos del apoderamiento en materia de tutela[23], así: (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito; (ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico[24]; (iii) el referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial; en este sentido (iv) el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido[25] para la promoción[26] de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen[27] en el proceso inicial; (iv) el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.

Respecto a este último elemento, la Corte, en sentencia T-207 de 1997, se extendió en consideraciones acerca de la informalidad, propia de la acción de tutela y de sus implicaciones frente al ejercicio de la misma. Con respecto al apoderamiento judicial, como excepción al principio de informalidad de la acción, señaló:

“Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971). Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.”[28]

Sobre la obligatoriedad de que la representación judicial en tutela sea asumida por abogados en ejercicio, la Corte ante el vacío legal y constitucional, en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, ha sostenido en reiterada jurisprudencia que a partir de las disposiciones generales sobre representación judicial y en especial a partir de la

disposición del artículo 38 del decreto 2591 de 1991, el cual señala las faltas para los abogados que promuevan irregularmente acciones de tutela, concluyó que esta disposición no tendría sentido de no entenderse que la representación judicial sólo pudiese ser adelantada por abogados titulados y en ejercicio[29]. (Negrilla fuera de texto)

Por otro lado, la ley ha determinado de forma específica qué procesos pueden ser adelantados por quienes se les ha otorgado la licencia temporal de abogado, y entre esta enumeración no se encuentra la acción de tutela"[30].

Finalmente, la sentencia T-417 de 2013[31], reiteró la importancia de la especificidad del poder, señalando:

“La Corte, en reiterados fallos, ha señalado los elementos del apoderamiento en materia de tutela, así: (i) acto jurídico formal que se concreta en un escrito, llamado poder, el cual se presume auténtico; (ii) tratándose de un poder especial, debe ser específico, de modo que aquel conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende otorgado para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; (iii) el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional. Es decir, la legitimación por activa se configura si quien presenta la demanda de tutela acredita ser abogado titulado y se anexa el respectivo poder especial, de modo que no se puede pretender hacer valer un poder otorgado en cualquier proceso para solicitar el amparo constitucional.”

3.2.3.1. Elementos normativos que caracterizan la agencia oficiosa como forma de configurar la legitimación activa de los procesos de tutela.

La agencia oficiosa en los procesos de tutela, al igual que el apoderamiento judicial, tiene su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución Política, y su fundamento legal en el mismo artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que establece que se podrán reclamar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.”

Esta Corporación en diversas oportunidades ha abordado el tema, fijando algunos parámetros para su correcta configuración, entre ellas la sentencia T-531 de 2002, en la

cual dispuso:

“Fundamento de validez de la agencia oficiosa.

Para la Sala la validez de esta norma de permisión se ve reforzada con tres principios constitucionales: el principio de eficacia de los derechos fundamentales[33], que como mandato vinculante tanto para las autoridades públicas como para los particulares, impone la ampliación de los mecanismos institucionales para la realización efectiva de los contenidos propios de los derechos fundamentales. El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas[34] el cual en estrecha relación con el anterior está dirigido a evitar que por circunstancias artificiales propias del diseño de los procedimientos se impida la protección efectiva de los derechos. Y el principio de solidaridad[35] que impone a los miembros de la sociedad colombiana velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa.

Elementos normativos de la agencia oficiosa.

Los elementos normativos de la agencia oficiosa están señalados expresamente en el decreto 2591 de 1991 y de manera implícita en la Constitución y en los decretos reglamentarios de la acción tutela. La Sala los sintetiza de la siguiente manera: (i) La manifestación[36] del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir[37], consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas[38] o mentales[39] para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica[40] una relación formal[41] entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación[42] oportuna[43] por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignadas en el escrito de acción de tutela por el agente.

Efectos de la figura.

Configurados los elementos normativos anteriormente señalados se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez de tutela estará en la obligación de pronunciarse de fondo[44] sobre los hechos y las pretensiones relacionadas en el escrito de

tutela. Si los mismos no se presentan en el caso concreto, el juez deberá según el caso rechazar de plano[45] la acción de tutela o en la sentencia no conceder[46] la tutela de los derechos fundamentales de los agenciados. Sin embargo considera la Sala que el análisis acerca de la configuración de los referidos elementos debe realizarse por el juez de tutela en atención a las circunstancias propias del caso concreto[47], derechos fundamentales invocados, calidad y condiciones de las partes, características socio económicas de las mismas, lugar geográfico de la supuesta vulneración etc., esta obligación que pesa sobre los jueces de tutela deriva directamente del principio de eficacia de los derechos fundamentales[48] que como ha reiterado la Sala inspira e informa la figura procesal de la agencia oficiosa en materia de tutela.

Autonomía de la figura.

A pesar de guardar similitudes con la figura de la agencia oficiosa consagrada y regulada en el código de procedimiento civil[49], la agencia oficiosa en materia de tutela tiene características propias que permiten identificarla y diferenciarla[50] de aquella, por lo cual las hipótesis para su configuración son las propias reguladas en el decreto 2591 de 1991 y las que se desprenden de la interpretación de los enunciados constitucionales[51] a partir de los principios que gobiernan la materia.

Propósito constitucional de la agencia oficiosa.

La finalidad[52] de la agencia oficiosa se encuentra en estrecha relación con los principios constitucionales que la inspiran, su consagración legal es entonces a la vez, la concreción efectiva de los mismos, de esta forma el principio de eficacia de los derechos fundamentales, se concreta en la operatividad de la figura de la agencia oficiosa en tanto y en cuanto con la misma se realiza el principio de prevalencia del derecho sustancial y el derecho al acceso a la administración de justicia.”

Luego, en la sentencia T-995 de 2008[53], se dispuso que “configurados los elementos normativos anteriormente señalados se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez de tutela estará en la obligación de pronunciarse de fondo[54] sobre los hechos y las pretensiones relacionadas en el escrito de tutela. Si los mismos no se presentan en el caso concreto, el juez deberá según el caso rechazar de plano la acción de tutela o en la sentencia no conceder la tutela de los derechos fundamentales de los agenciados. No

obstante lo anterior, en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, es deber del juez constitucional analizar en cada caso concreto la configuración los elementos atendiendo a las circunstancias fácticas que lo caracterizan.”

Sin embargo, lo anterior no es obstáculo para que en algunos eventos excepcionales el juez constitucional, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial, la finalidad de la acción de tutela, y el acceso a la administración de justicia, modere las exigencias procesales referentes a la agencia oficiosa, con el objeto de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas.

Por lo tanto, “cuando en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso, pero del contenido mismo de la demanda de tutela se concluye que se actúa en nombre de otro, el juez constitucional debe interpretar la demanda y aceptar la procedencia de la agencia oficiosa”[55]

3.2.4. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA ORDENAR EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO PENSIONAL.

El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la ley.

En virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela sólo procede (i) cuando no existe ninguna otra acción judicial por la que se pueda resolver un conflicto relacionado con la vulneración de un derecho fundamental; (ii) cuando existiendo otras acciones, éstas no resultan eficaces o idóneas para la protección de tales derechos; (iii) cuando aun existiendo acciones ordinarias, resulta imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar que ocurra un perjuicio irremediable.[56]

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido, por regla general, la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo para el reconocimiento de derechos pensionales, toda vez que existen otros mecanismos idóneos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o en la contencioso administrativa, según sea el caso.

Sin embargo, de manera excepcional, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.[57]

Ahora bien, la Corte ha entendido que la tutela resulta procedente, en las hipótesis descritas, siempre y cuando el juez constitucional encuentre que no existe controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder al derecho.[58]

De igual forma, esta Corporación ha indicado que cuando el amparo de los derechos prestacionales es solicitado por personas de la tercera edad, los requisitos de procedencia de la acción de tutela deben ser analizados con mayor flexibilidad en atención a que el peticionario es un sujeto de especial protección constitucional.

De esta manera, en la sentencia T-456 de 2004, esta Corporación expresó que:

“(…) en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema”.[59]

Por tanto, cuando el peticionario pertenece a la tercera edad, el juez constitucional debe declarar la procedencia de la acción de tutela aunque disponga de otro medio de defensa judicial para solicitar las prestaciones pensionales.

Así, se manifestó la Corte en la sentencia T-001 del 15 de enero de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla:

3.2.5. CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución en los siguientes términos:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”

Inicialmente, por regla general se negó que el derecho a la seguridad social fuera un derecho fundamental autónomo. Sin embargo, debido a su gran importancia y a la necesidad de protegerlo, la Corte Constitucional permitió la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad)[61] y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional.[62]

Posteriormente, la Corte desechó estas teorías y acogió la tesis, más garantista, de la trasmutación de los derechos sociales en virtud de la cual, cuando su contenido era desarrollado a nivel legal o reglamentario, tales derechos superaban su calidad de

indeterminación y se convertían en verdaderos derechos fundamentales autónomos capaces de ser protegidos por vía de acción de tutela.[63]

Una de las garantías de la seguridad social son las pensiones por vejez o por invalidez. La pensión de invalidez tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales.[64]

Del mismo modo se busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

Con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación, en sentencias como la T-628 de 2008[65], ha señalado el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social por su relación con la garantía de la dignidad humana; dijo al respecto:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.”

De esta manera, siguiendo el lineamiento constitucional esbozado en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política que establece que todos los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es de vital importancia establecer el contenido del derecho a la seguridad social a la luz de las preceptivas internacionales.

Al respecto, esta misma sentencia en estudio señaló:

“Sobre el particular, de manera reciente[66] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos[67], en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales.”

(...)

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[68] (Subraya fuera de texto)

De lo anterior se puede concluir, que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria.

De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, máxime si al interior del mismo se encuentran hijos menores de 18 años, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.

En la actualidad la Corte reconoce que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, independiente y autónomo, que puede ser objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela, cuando, entre otras, se comprueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para protegerlo.[69]

3.2.6. REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Como se recordó en sentencia T-292 de 1995[70], la pensión de invalidez es una manifestación del derecho a la seguridad social, por lo tanto, el derecho a esta pensión también tiene el carácter de fundamental.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, para efecto del reconocimiento de la pensión de invalidez, se requiere acreditar una pérdida del 50% o más de la capacidad laboral de una persona, según la calificación realizada por una Junta Regional o una Junta Nacional, dependiendo del caso en concreto.[71]

Siguiendo el mismo lineamiento, en su artículo 39, la Ley 100 de 1993 estableció los demás requisitos para poder acceder a la pensión de invalidez y al respecto señaló:

“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

El artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, modificó los anteriores requisitos, así: (i) que el afiliado hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral generada por enfermedad común, (ii) que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y (iii) que su fidelidad de cotización para con el sistema sea de al menos el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Esta disposición fue declarada inexecutable por esta Corporación en sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003[72], por vicios de procedimiento en su formación, dado que vulneraba el principio de consecutividad del trámite legislativo.

Posteriormente, los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron formulados por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, modificando así el artículo 39 de la Ley 100 de 1993:

“Artículo 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

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

PARÁGRAFO 2º Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

Teniendo en cuenta lo anterior se pueden observar dos aspectos importantes: en primer lugar, el legislador para poder acceder a la pensión de invalidez ha establecido que se deben cumplir una serie de requisitos, los cuales están representados en un mínimo de cotizaciones al sistema, y que la persona tenga certificada una considerable pérdida específica de la capacidad laboral. En segundo lugar, se encuentra que el cambio normativo dispuso la implementación de unos requisitos más rigurosos, toda vez que aumentó el número de semanas de 26 a 50 dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y agregó el requisito de fidelidad al sistema que posteriormente fue declarado inexecutable por esta Corporación en Sentencia C-428 de 2009[73], la cual

sostuvo:

“Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante. En la norma -numerales 1º y 2º-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas del “veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.”

El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez.(Negrilla y subrayado nuestro)

(...)

En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.”

Las anteriores consideraciones, llevaron a esta Corporación a concluir la inexequibilidad del requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1º como en el 2º, por cuanto se logró demostrar su regresividad y no se encontró la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se analizarán las circunstancias de cada caso en particular y se determinará si se cumplen con los requisitos definidos por la jurisprudencia.

3.2.6.1. Reglas constitucionales para garantizar el derecho a la pensión de invalidez en los casos de enfermedad crónica, degenerativa o congénita, cuando la pérdida de la capacidad laboral es progresiva.

Ahora bien, cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida

de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los cuales la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral; esta última situación se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es progresiva, en estos casos las calificaciones de invalidez se determinan generalmente con base en la fecha en la que se presentó el primer síntoma de la enfermedad, o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de la enfermedad. Empero, en este tipo de enfermedades dichas calificaciones no corresponden de manera cierta al momento en el que la persona pierde la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, tal y como lo exige la normatividad que regula la pensión de invalidez.[75] En consecuencia se genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.[76]

Sobre el tema, la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, entre ellas en la sentencia T-843 de 2004[77], donde sostuvo que:

“...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[78].

La protección especial a ese grupo poblacional[79] está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la

seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana[80] de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios[81]. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación.”[82]

En la sentencia T-262 de 2005[83], se señaló:

“se ha considerado que el V.I.H. -SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.”

De igual forma, en la sentencia T-699A de 2007[84], se sostuvo que:

“(…) 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.

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones

especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.”

En la sentencia T-710 de 2009[85], esta Corporación señaló:

“(…) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.”[86]

Posteriormente esta Corte decidió ampliar el precedente en la sentencia T-163 de 2011[87], al analizar el caso de una persona con insuficiencia renal crónica, afirmando que:

“Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.”

“En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.”

Esta posición de la Jurisprudencia constitucional, ha sido reiterada al señalar la especial protección para los enfermos de VIH[88], debido a las características de esta enfermedad y a sus nefastas consecuencias, toda vez que requieren de una mayor atención por parte del Estado, para que sigan gozando del derecho a la igualdad respecto a las demás personas como también, protección especial con el fin de defender su dignidad[89] y evitar que sean objeto de un trato discriminatorio. En la sentencia T-671 de 2011[90] la Corte consideró que:

“se desconoció el derecho a la seguridad social de la accionante, ya que al resolver la petición pensional se “tomó como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que se manifestó por primera vez la enfermedad de la agenciada”, ignorando que la demandante había realizado cotizaciones al sistema después de esa fecha. Por tal razón, la Sala tomó “el 27 de febrero de 2007 como fecha de estructuración de la invalidez, dado que este fue el día en que el galeno de medicina laboral del ISS la determinó,” en consecuencia concedió la tutela por encontrar que se cumplían los requisitos de cotización exigidos por la normatividad (artículo 1° de la ley 860 de 2003) para acceder a la pensión de invalidez.

Luego, en la sentencia T-885 de 2011[91], se reiteró la regla constitucional fijada en la sentencia T-163 de 2011[92], señalando que la fecha de estructuración registrada en el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral, no representaba “el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo establece el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, porque el actor estuvo laboralmente activo hasta el año 2009. Es la fecha de la calificación de la invalidez, como se desprende de las consideraciones expuestas, la que se debe tener en cuenta, dadas las especiales

condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó aportando al Sistema, alcanzando a cotizar un total de 147 semanas, a pesar de los síntomas de su enfermedad VIH.”

Adicionalmente en la sentencia T-773 de 2012[93] la Sala Séptima de Revisión sostuvo que:

“Se debe tener en cuenta: (i) que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto es una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran y; (ii) que la pensión de invalidez, como expresión del derecho a la seguridad social, persigue “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud”[94], esta Corporación ha considerado que dicha prestación puede ser exigida por vía de tutela.

Por esa razón, la Corte ha considerado que la omisión en el pago o reconocimiento del derecho prestacional, pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona con esta alteración a su salud[95]. Y por esta circunstancia ha señalado que[96], “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los peticionarios en estas condiciones que acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios[97]”.

Finalmente, en la sentencia T-043 de 2014[98], esta Corte manifestó que:

“Cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Es decir, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe alcanzar un grado de determinación que refleje la situación médica y laboral real de la

persona.[99]

En este último punto la Sala estima fundamental recordar el rol que cumplen los organismos que la ley ha señalado como competentes para realizar el estudio técnico y médico de la pérdida de la capacidad laboral. Dichas entidades cumplen un papel de importancia capital, en tanto determinan a través de sus dictámenes un elemento esencial para el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva. Esta labor de gran responsabilidad iusfundamental debe cumplir con todas las rigurosidades y consideraciones de orden técnico, fáctico y probatorio para que la emisión del dictamen permita posteriormente establecer si el sujeto que se examina cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Finalmente la Sala recuerda y resalta que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido de forma reiterada, coherente y decantada, en múltiples pronunciamientos, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez. Por estas consideraciones se ha entendido que la fecha establecida por los organismos calificadores de la invalidez es ficta y el juez puede desvirtuarla a favor del beneficiario.”

Teniendo en cuenta lo anteriormente visto, se concluye que, cuando se trata del reconocimiento de una pensión de invalidez de quien padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se deberán tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva.

3.2.7. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA DE LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMO LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O CON ALGUNA ENFERMEDAD GRAVE.

Nuestro ordenamiento Constitucional ha introducido normas mediante las cuales dispone un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material, una de las

principales innovaciones del modelo de Estado Social de Derecho, a saber:

El artículo 13, en los incisos 2 y 3, señala:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Siguiendo los mismos lineamientos, el artículo 47 de la Carta establece que:

“... el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Del mismo modo, el artículo 54 superior consagra de manera expresa el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud...”.

Con fundamento en los artículos 13, 47 y 54, la Corte señaló en la sentencia T- 884 de 2006[100] que la Constitución impone al Estado los siguientes deberes frente a las personas con discapacidad:

“... impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y “la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”, así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales”.

Igualmente, esta Corporación, en sentencias T-826[101] y T-974[102] de 2010, ha señalado la importancia de proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de

indefensión debido a su situación de discapacidad y a su imposibilidad de desarrollarse en el campo laboral, lo que afecta directamente su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

También ha indicado, en sentencias como la T-093 de 2007[103], “... que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria...”[104]. Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar en la medida de lo factible esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores, sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces, quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[105].

Ahora bien, la discapacidad como un factor de indefensión que justifica la adopción de medidas de diferenciación positiva, es definida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 5º[106], como:

“...Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

De conformidad con el enfoque seguido en las Normas Uniformes, en la presente Observación general se utiliza la expresión “persona con discapacidad” en vez de la antigua expresión, que era “persona discapacitada”. Se ha sugerido que esta última expresión podía interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad personal de funcionar como persona.” (Subraya fuera de texto).

La discapacidad comprende la invalidez; en efecto, en la sentencia T-198 de 2006[107], esta Corporación especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo:

“se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”

Así lo ha entendido el legislador al redactar el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, en el que resaltó que solamente la pérdida de capacidad severa, es decir, la que supera el 50%, es considerada invalidez. Al respecto señaló:

“ARTÍCULO 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.”

En resumen, la Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas.

4. LOS CASOS CONCRETOS

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala reitera que el derecho a la pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, razón por la cual adquiere el carácter de derecho fundamental.

Esta prestación económica tiene por objeto proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, y asegurarle unos ingresos para

garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Así mismo, es una respuesta a la obligación que nuestra Carta Magna impone al Estado de proteger aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como es el caso de las personas con discapacidad.

Hecha esta aclaración, pasa la Sala a resolver los casos concretos:

4.1. EXPEDIENTE T-5.160.943.

4.1.1. Resumen.

El señor Jhon Steven Orozco Caro actuando como apoderado judicial de Walter Arango Yepes, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud, igualdad y dignidad humana, debido a que la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas al fondo de pensiones, dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez. Al respecto señaló Porvenir S.A.:

“... en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, usted puede optar por la devolución del saldo existente en la cuenta individual de ahorro pensional y el valor correspondiente a la redención anticipada de su bono pensional, si a éste hubiere lugar, o continuar cotizando para obtener una pensión de vejez, razón por la cual usted deberá informar a esta administración la decisión adoptada.

Lo anterior, en consideración a que no se encuentra acreditado, al momento de la estructuración de la invalidez, el requisito de cincuenta (50) semanas de cotización, previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual a su vez fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-428 del 1º de julio de 2009.

Por las anteriores razones PORVENIR S.A. rechaza su solicitud pensional.”

4.1.2. Examen de procedencia.

A partir de las consideraciones anteriores pasará esta Corte a establecer si en el caso bajo

estudio se cumplen los requisitos de legitimación en la causa por activa, como agente oficioso o como apoderado judicial, que permita en consecuencia entrar a pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones de la presente acción, si se tiene en cuenta que el señor Jhon Steven Orozco Caro en el escrito de acción que generó la sentencias objeto de la presente revisión, actuó como apoderado judicial del señor Walter Arango Yepes valiéndose del poder que le había sido concedido.

Bajo este orden de ideas se procederá a estudiar si existe legitimación en la causa en cabeza del señor Jhon Steven Orozco Caro, en virtud del poder especial otorgado para interponer la presente acción.

Conforme al material probatorio que obra en el expediente, se advierte que el señor Walter Arango Yepes le confirió poder especial al señor Jhon Steven Orozco Caro para que en su nombre y representación impetrara acción de tutela contra la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por presuntamente haber vulnerado sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida, salud, igualdad y dignidad humana. Sin embargo, el señor Orozco Caro actúa en virtud de una licencia temporal de abogado otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que quiere decir que el apoderado carece de título profesional de abogado y por lo tanto de tarjeta profesional.

Al aplicar los precedentes jurisprudencial adoptados por esta Corporación, y que fueron expuestos en la parte motiva de esta providencia, se tiene que si bien es cierto el poder otorgado al señor Jhon Steven Orozco Caro se dio por escrito, autenticado, y es un poder especial; no lo es que el destinatario del acto de apoderamiento sea un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional, pues es un estudiante al que por haber terminado sus materias se le ha concedido una licencia temporal, autorizándosele el ejercicio del derecho sólo para los casos que señala de forma expresa la ley.

Sin embargo, no puede pasar por alto esta Corporación que el señor Arango Yepes, padece de cáncer en la glándula parótida derecha con bacafque y reporta carcinoma metastásico, además que fue calificado con el sesenta y uno punto siete por ciento (61.7%) de discapacidad laboral; por lo tanto en aras de salvaguardar el derecho sustancial según lo ordena el artículo 228 de la Constitución y teniendo en cuenta las circunstancias de salud en que se encuentra el afectado, se procederá al análisis de fondo del asunto, a pesar de no

afirmar categóricamente el señor Jhon Steven Orozco Caro que el afectado esté imposibilitado para promover su propia defensa y que por esta razón lo hace él en calidad de agente oficioso.

Adicionalmente, el estado de profunda vulnerabilidad padecido por el accionante, denota sus difíciles condiciones de salud y de posibilidad de autosostenimiento económico. Estos elementos son suficientes para concluir que los medios ordinarios de defensa judicial son ineficaces en el caso concreto, en razón de las complejas condiciones de existencia del demandante.

4.1.3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

En el caso sub examine se estudia la situación del señor Walter Arango Yepes, a quien a pesar de presentar una pérdida de capacidad laboral del sesenta y uno punto siete (61.7%), según calificación de la Aseguradora Alfa S.A., la accionada se negó a reconocerle la pensión de invalidez, argumentando que no cumple con el requisito de semanas cotizadas exigidos por la Ley 860 de 2003, por la cual se reformó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, la Sala encuentra que según el reporte de semanas cotizadas suministrado por Porvenir S.A. (Fl. 23 Cuaderno 1), el accionante al momento de diagnosticársele la patología, diecinueve (19) de febrero de dos mil catorce (2014), no contaba con las cincuenta (50) semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores; sin embargo como se expuso a lo largo de esta providencia, es erróneo considerar que es ese el momento en el cual se estructura la invalidez, toda vez que nos encontramos frente a una enfermedad crónica y degenerativa.

Sin embargo, al analizar la relación de aportes allegados al expediente se observa, en primer lugar, que para la fecha de elaboración del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, el cual coincide con la fecha real de estructuración de la invalidez, es decir, veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014), el señor Arango Yepes había cotizado más de las cincuenta (50) semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de invalidez; y en segundo lugar, que continuó cotizando al sistema hasta el treinta (30) de agosto de dos mil quince (2015), semanas que no fueron tenidas en cuenta por la accionada.

En efecto, si bien el accionante no cumplía con el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de diagnóstico de la enfermedad, de la relación de aportes allegada por Porvenir S.A, en el trámite de revisión, se puede evidenciar que sí cumplía con el requisito de semanas cotizadas a la fecha real de estructuración de la invalidez, como se dejó visto en precedencia; aunado a que el actor continuó cotizando hasta agosto de dos mil quince (2015), completando más de cien (100) semanas de aportes al sistema.

Entonces, la Sala considera necesario traer a colación que en algunos pronunciamientos esta Corporación ha determinado que en lo concerniente al pago de aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, surge una obligación a cargo de las entidades administradoras del sistema de tenerlas en cuenta para contabilizar las semanas cotizadas por el interesado. Al respecto, esta Corporación en sentencia T-268 de 2011[108] manifestó:

“(…) salvo que exista una prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones adicionales, mientras se produce tal calificación.

Frente a esta situación, es pertinente aclarar que, si bien el juez de tutela debe analizar aspectos como la fecha de la estructuración y de la notificación de la invalidez, no es procedente dejar de lado la situación de especial protección que merecen las personas que padecen algún tipo de discapacidad y que, a pesar de dicha limitación, han seguido contribuyendo a pensiones después de estructurada la invalidez, puesto que una interpretación diferente contraría los principios rectores del Sistema General de Seguridad Social y acarrea una conculcación de derechos fundamentales (...)”<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-072-13.htm> – _ftn34

Por lo expuesto, la Sala encuentra que: (i) el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 61.7%; (ii) cotizó más de 70 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez (28 de noviembre de 2014), según reporte de semanas allegado por Porvenir S.A. al expediente; y (iii) cotizó más de 30 semanas después de la

fecha de estructuración de su invalidez, las cuales deben ser tenidas en cuenta según la jurisprudencia de esta Corporación, lo que da más de cien (100) semanas cotizadas.

Entonces, dado que: i) al tratarse el presente caso de un sujeto de especial protección constitucional que demanda un trato digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentra; y ii) al cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para acceder a su pensión de invalidez, la Sala procederá a revocar la sentencia del veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Santiago de Cali, quien confirmó la sentencia del quince (15) de mayo de dos mil quince (2015), del Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Santiago de Cali.

En su lugar, se concederá el amparo constitucional, y se ordenará a Porvenir S.A. que reconozca y pague la pensión de invalidez a favor del accionante a partir del primero (1º) de septiembre de dos mil quince (2015), momento en el cual se evidencia dejó de cotizar al sistema de seguridad social.

Ahora bien, en cuanto a la devolución de aportes realizada por Porvenir S.A. al señor Walter Arango Yepes, mediante giro en la cuenta No. 126813307 del Banco Av Villas, no existe prueba de que la misma se haya hecho por solicitud expresa del accionante, por lo tanto, se ordenará a la demandada, descontar del retroactivo al que haya lugar por el reconocimiento pensional ordenado en precedencia, los valores cancelados por concepto de devolución de aportes.

4.2. EXPEDIENTE T-5.173.997.

4.2.1. Resumen.

La señora Gloria Patricia Castaño Leiva demanda al juez de tutela proteger sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, dignidad humana, seguridad social, mínimo vital y móvil, vida digna y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, por no acreditar el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, a pesar de que afirma sí cumplirlas.

4.2.2. Examen de procedencia.

Conforme a lo narrado en los antecedentes del caso objeto de estudio, es claro que las pretensiones de la acción están orientadas a que se ordene a través del medio exceptivo de la tutela el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la señora Gloria Patricia Castaño Leiva, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones -, en razón a la enfermedad crónica que padece, la cual le ha ocasionado una pérdida progresiva de la capacidad laboral, según el certificado de aptitud médica allegado al expediente a folio 33.

Sin embargo, no puede pasar por alto esta Corporación, que del material probatorio que obra en el plenario, allegado en el trámite de la segunda instancia, y del oficio remitido el veinte (20) de enero de dos mil dieciséis (2016), por Colpensiones a esta Corporación, es claro que mediante Resolución No. GNR 153520 del veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015), la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - le reconoció a la señora Leiva Castaño la prestación aquí reclamada.

El mencionado acto administrativo, dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar el pago de una pensión de invalidez a favor de la señora CASTAÑO LEIVA GLORIA PATRICIA, ya identificada, en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada a 1 de junio de 2015 = \$644.350.

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente prestación será ingresada en la nómina de 201506 que se paga en 201507 en la central de pagos del banco POPULAR C P 2DA QUINCENA de la ciudad de IBAGUÉ CL 10 3 55.

ARTÍCULO TERCERO: a partir de la inclusión en nómina de la presente prestación, se harán los respectivos descuentos en salud conforme a la ley 100 de 1993 en SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD.”

Por lo tanto, es claro que en el presente caso se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado; argumento suficiente para que esta Corte se abstenga de estudiar el fondo del asunto y por ende de proferir alguna orden relacionada con el

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la señora Castaño Leiva, toda vez que la entidad demandada ya le otorgó la prestación requerida.

No obstante como quiera que el juez constitucional de primera y segunda instancias denegaron erradamente el amparo de los derechos fundamentales invocados, por contar la accionante con otro medio de defensa judicial, desconociendo las pruebas allegadas al expediente, procederá esta Corporación a revocar dichos fallos, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

SEGUNDO. ORDENAR a Porvenir S.A., que proceda, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, a reconocer y pagar la pensión de invalidez a favor del señor Walter Arango Yepes; a partir de la última cotización al sistema. Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a Porvenir S.A. descontar del retroactivo al que haya lugar por el reconocimiento pensional ordenado en el numeral anterior, los valores cancelados al señor Walter Arango Yepes por concepto de devolución de aportes.

CUARTO. En el expediente T-5.173.997, REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el treinta (30) de junio de dos mil quince (2015), mediante la cual se confirmó la sentencia de primera instancia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué el diecinueve (19) de mayo de dos mil quince (2015), que negó el amparo de los derechos fundamentales de la señora Gloria Patricia Castaño Leiva y, en su lugar, se declara la CARENIA ACTUAL DE OBJETO, de conformidad con las consideraciones hechas en esta providencia.

QUINTO. LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERENESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T-612 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] MP, Rodrigo Escobar Gil.

[3] Sentencia SU-540 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[4] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[5] Ibíd.

[6] Sentencias T- 291 y T-197 de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, las cuales reiteraron la sentencia T-233 de 2006, en la cual esta Corte adoptó la expresión hecho superado para referirse a la muerte del accionante en la tutela. En esa providencia se afirmó que si el accionante muere durante el trámite de la tutela, ésta pierde sentido por carencia actual de objeto, por cuanto la decisión tendiente a proteger los derechos invocados resulta ya inocua.

[7] Sentencia T-170 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[8] Sentencia T-585 de 2010, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] Sentencia T-612 de 2009, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] Sentencia T-459 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[11] Sentencia T-417 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[12] Sentencia T-550 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[13] Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[14] Ver sentencia T-550 de 1993.

[15] Esta presunción fue establecida por el legislador delegado en el decreto 2591 de 1991. Sobre la misma se pronunció tangencialmente la Corte en sentencia T-001 de 1997 en la cual la Corte resuelve el caso de abogados que presentaron acción de tutela como agentes oficiosos sin demostrar la indefensión de los agenciados, la Corte niega la tutela por que no se configura la agencia oficiosa y no se reúnen los requisitos para el apoderamiento judicial, afirmó la Corte: “Los poderes se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, pero, obviamente, tal autenticidad no puede predicarse de poderes no presentados, ya que el juez no está autorizado para presumir que alguien apodera los intereses de otro, sin que en el respectivo expediente ello aparezca acreditado”.

[16] En la sentencia T-001 de 1997 la Corte afirmó que por las características de la acción “todo poder en materia de tutela es especial, vale decir se otorga una vez para el fin específico y determinado de representar los intereses del accionante en punto de los derechos fundamentales que alega, contra cierta autoridad o persona y en relación con unos hechos concretos que dan lugar a su pretensión.”

[17] En este sentido la Corte ha acogido las disposiciones del código de procedimiento civil en la materia, así en la sentencia T-530 de 1998 acoge y aplica la disposición del artículo 65 inciso 1º: “En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.”

[18] En este sentido en la en la sentencia T-695 de 1998 la Corte no concedió la tutela impetrada debido a que el abogado quien presentó la tutela pretendió hacer extensivo el poder recibido para el proceso penal al proceso de tutela. En esta oportunidad la Corte reiteró la doctrina sentada en la sentencia T-550 de 1993 oportunidad en la cual la Corte afirmó: “De otro lado, debe desecharse la hipótesis de que el poder conferido para adelantar un proceso judicial sirve al propósito de intentar la acción de tutela a que pudiere dar lugar ese proceso, por cuanto se trata de actuaciones distintas y, si bien es cierto que la tutela tiene un carácter informal, también lo es que tal informalidad no lleva a presumir la existencia de un poder que no se presentó y que es necesario allegar siempre que se ejerza la acción de tutela a nombre de otro y a título profesional” En un sentido similar ver sentencia T-002 de 2001, en la cual la Corte afirmó que la condición de apoderado en un proceso penal no habilita para instaurar acción de tutela, así los hechos en que se esta se fundamenta tengan origen en el proceso penal.

[19] En la sentencia T-530 de 1998 la Corte al revisar la decisión de una tutela promovida por el abogado de la parte civil en un proceso penal quien actuaba sin poder especial para el proceso de tutela, consideró que el a-quo no debió darle trámite al respectivo proceso debido a que el abogado no allegó el poder respectivo ni manifestó su calidad de agente oficioso. En este sentido aseveró que “Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela.”

[20] En la sentencia T-207 de 1997 la Corte se extendió en consideraciones acerca de la informalidad, propia de la acción de tutela y de sus implicaciones frente al ejercicio de la misma. Con respecto al apoderamiento judicial como excepción al principio de informalidad de la acción señaló: “Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971). Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente,

a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.”

[21] Sobre la obligatoriedad de que la representación judicial en tutela sea asumida por abogados en ejercicio no existe regulación expresa ni en la Constitución ni en los decretos reglamentarios de la acción de tutela, ante este vacío la Corte en sentencia T-550 de 1993 mediante interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a partir de las disposiciones generales sobre representación judicial y en especial a partir de la disposición del artículo 38 del decreto 2591 de 1991 (que señala las faltas para los abogados que promuevan irregularmente acciones de tutela) concluyó que esta disposición no tendría sentido sino se entendiera que la representación judicial sólo pudiese ser adelantada por abogados titulados y en ejercicio.

[22] M.P. Mauricio González Cuervo.

[23] Ver entre otras las sentencias T-531 de 2002 y T-552 de 2006.

[24] Ver artículo 10 del decreto 2591 de 1991.

[25] Artículo 65, inciso 1º del Código de Procedimiento Civil.

[27] En la sentencia T-530 de 1998 la Corte al revisar la decisión de una tutela promovida por el abogado de la parte civil en un proceso penal quien actuaba sin poder especial para el proceso de tutela, consideró que el a-quo no debió darle trámite al respectivo proceso debido a que el abogado no allegó el poder respectivo ni manifestó su calidad de agente oficioso. En este sentido aseveró que “Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela.”

[28] T-207 de 1997. M.P. Gregorio Hernández Galindo.

[29] Ver entre otras, las sentencias T-550 de 1993 y T-531 de 2002.

[30] Artículo 13 del Decreto 196 de 1971.

[31] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[32] Artículo 10, decreto 2591 de 1991, Legitimidad e interés. Segundo inciso: (...) “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.”

[33] Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Constitución, sobre el enunciado del mismo, se pronunció la Corte en sentencia T-011 de 1993 y afirmó que “Cuando la Constitución colombiana habla de la efectividad de los derechos (art., 2 C.P.) se refiere al concepto de eficacia en sentido estricto, esto es, al hecho de que las normas determinen la conducta ciudadana por ellas prescrita y, además logren la realización de sus objetivos, es decir realicen sus contenidos materiales y su sentido axiológico.”

[34] En la Sentencia T-603 de 1992 la posibilidad del agenciamiento de derechos ajenos en materia de tutela constituye desarrollo “lógico” del principio de prevalencia de los aspectos sustantivos sobre los aspectos formales. Así también en sentencias T-044 de 1996 en la cual la Corte afirmó que con la agencia oficiosa “Se trata una vez más de asegurar la vigencia efectiva de los derechos por encima de formalidades externas, en una manifestación de la prevalencia del derecho sustancial...”

[35] En la sentencia T-029 de 1993 la Corte se pronuncia sobre la acción de tutela interpuesta por dos personas a favor de un tercero que se encontraba en estado de indigencia, con el fin de lograr la protección del derecho a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, a pesar de que en este caso se niega la tutela, la Corte acepta el agenciamiento de derechos debido al “estado de postración e indigencia” y a las “especiales condiciones mentales” en que se encontraba el agenciado lo que le representaba encontrarse imposibilitado para velar por la protección de sus derechos fundamentales. Y seguidamente afirma que “tal protección debería proveerse cuando la soliciten personas que actúan en desarrollo del principio de solidaridad previsto en el artículo 1 de la Constitución.” Igualmente en la sentencia T-422 de 1993 la Corte confirma la sentencia del ad-quem en la que se negaba la tutela en el sentido de que efectivamente el demandante en el caso, omitió expresar en la solicitud, las circunstancias

que impedían a los titulares de los derechos promover su propia defensa. Y Sin embargo después de afirmar que “el mejor vocero del derecho es quien debe en primer término buscar su protección judicial” incluye la excepción que justifica la agencia oficiosa: “salvo que se encuentre en imposibilidad circunstancial de promover su propia defensa” y recurre nuevamente al principio de solidaridad al afirmar que en este momento “la solidaridad social está llamada a abogar por su causa, que en últimas, tratándose de las violaciones a los derechos fundamentales es la de todos los miembros de la comunidad.”

[36] Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del caso. Por ejemplo en la Sentencia T-555 de 1996 la Corte resolvió el caso de un agente oficioso (estudiante de consultorio jurídico) que promovió tutela a favor de una persona para lograr protección de su derecho a la no reformatio in pejus, y no manifestó la circunstancia de imposibilidad de promover su propia defensa en la cual aquel se encontraba. En esta oportunidad la Corte concedió la tutela bajo la idea según la cual los derechos involucrados tenían además una dimensión objetiva que hacía imperiosa su protección, por lo cual “en aquellos casos en que, como en el presente, se encuentra de por medio la efectividad de un derecho fundamental con dimensiones de carácter objetivo y la violación a este derecho es manifiesta y constatable prima facie, el agente oficioso – en razón de la naturaleza del derecho fundamental cuya vulneración se debate – actúa, adicionalmente, en nombre de un interés general, que supera el interés individual de la persona cuyos derechos agencia.”

[37] Sobre la posibilidad de inferir la situación de imposibilidad de promover la propia defensa, la Corte se pronunció en sentencia T-452 de 2001 en este caso la Corte revisó la sentencia de un juez que negó la tutela de los derechos de un agenciado bajo el argumento de que el agente no señaló expresamente la situación en que aquel se encontraba y que le impedía promover su propia defensa, no obstante que en el escrito tal situación se mostraba como evidente. En esta oportunidad la Corte consideró la posibilidad de pronunciarse de fondo tras aceptar la existencia de una “agencia oficiosa tácita” ya que según la Corte “la exigencia de estos requisitos (la manifestación de la imposibilidad) no puede interpretarse formalmente, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso

que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente...” Además esto fue posible porque la Corte constató que el agenciado no corría riesgo alguno por el acto de la agencia, lo cual para la Corte sólo es posible “siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir –no simplemente presumir- que se está realizando un acto a favor de otro.”

[38] En la sentencia T-342 de 1994 dos personas actuando como agentes oficiosos para la defensa de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y consecuentemente los derechos a la igualdad, autonomía, libertad de conciencia, libertad de expresión etc., de la comunidad indígena nómada Nukak Maku debido a que una asociación asentada en un lugar estratégico en el departamento del Guaviare había comenzado una serie de actividades dirigidas a la catecumenización y reducción cultural de los indígenas, La Corte decidió que la agencia oficiosa era en ese caso procedente, porque además de haberlo manifestado expresamente, “las circunstancias actuales de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje que presentan los integrantes de dicha comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de promover su propia defensa.” De esta forma se amplía notablemente el referente de la expresión del decreto 2591 de 1991 “no encontrarse en condiciones físicas” pues no se alude con el mismo solamente a incapacidad estrictamente física como limitación corporal, sino que alude a un marco más amplio de condiciones materiales.

[39] En la sentencia T-414 de 1999 el padre de una persona mayor de edad enferma mental, actuando como agente oficioso presenta acción de tutela con el fin de lograr la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de su hija. La Corte frente al requisito de “las condiciones para promover su propia defensa” en el presente caso afirmó que “...para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable no sólo que el agente oficioso afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia.” (subrayas fuera de texto).

[40] En la sentencia T-422 de 1993 según la Corte “No corresponde a la esencia de la agencia oficiosa y tampoco se aviene a su naturaleza, exigir la configuración de una relación formal entre el agente y los titulares de los derechos que no están en condiciones de promover su propia defensa. Por el contrario, se trata de una relación de hecho que puede reclamar efectos jurídicos válidos y desplegar eficacia representativa si se cumplen los requisitos previstos en la ley.” Reiterada en Sentencia T-421 de 2001.

[41] En este predicado, propio de la agencia oficiosa, se concreta el principio constitucional de solidaridad de tal forma que la posibilidad de agenciar derechos ajenos está abierta para cualquiera persona, en este sentido no se requiere la existencia de relación alguna, ya sea con fundamento en la filiación, el parentesco o en relaciones contractuales específicas. Así por ejemplo en el caso de agencia oficiosa de derechos fundamentales de menores en la sentencia T-408 de 1995. La Corte concedió la tutela en un proceso promovido por la abuela de una menor quien actuaba como agente oficiosa de su nieta para proteger su derecho fundamental a no ser separada de su madre, debido a que el padre se negaba a permitirle a su hija visitar a su madre por encontrarse privada de la libertad. Frente a la posibilidad de presentar acción de tutela como agente oficioso de menores afirmó: “...cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal.” Igualmente ver la sentencia T-029 de 1993 caso de agencia oficiosa de derechos fundamentales del indigente, o la sentencia T-422 de 1993 caso de la agencia oficiosa de los derechos de los vecinos.

[42] El requisito de ratificación se introduce de una manera incipiente pero determinante en la Sentencia T-044 de 1996. En este caso no se concede la tutela pretendida por un falso agente debido a que la agenciada no ratificó ni los hechos ni las pretensiones de la acción incoada. En la Sentencia T-277 de 1997 el agente oficioso esposo de la titular del derecho a la salud, interpone acción de tutela con el fin de que se ordenará una intervención quirúrgica, la titular con posterioridad se dirigió al juzgado y ratificó los hechos y las pretensiones, por lo cual la Corte consideró que se configuraba en el caso la legitimación en la causa, por consiguiente consideró procedente entrar al examen de fondo sobre los hechos. Para la Corte en este caso el requisito de ratificación se encuentra implícito en el requisito de “imposibilidad de promover la propia defensa” reforzado con los argumentos

del respeto tanto a la autonomía personal (art., 16) como a la dignidad humana (art., 1) sobre estas consideraciones ver sentencia T-503 de 1998.

[43] En la sentencia T-088 de 1999 la Corte reiterando jurisprudencia concluyó que el abogado, quien actuaba como apoderado del interesado para obtener cumplimiento de un fallo de tutela anterior, carecía de poder especial para el caso y no actuó como agente oficioso, En esta ocasión resolvió la Corte que no vale el poder otorgado para tutela anterior por lo cual negó el amparo. Igualmente frente al tema de la ratificación afirmó que por haberse presentado en sede de revisión, además de ser improcedente en el caso, la misma era inoportuna.

[44] Así fue reconocido en Sentencia T-315 de 2000 caso en el cual el hermano de un enfermo grave presentó tutela como agente oficioso con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de aquel al trabajo y al mínimo vital, la Corte afirmó que el hermano del agenciado actuó “válidamente como agente oficioso... lo que permite a la Sala pasar al examen de fondo de los hechos objeto de proceso.”

[45] Asumiendo una postura más estricta frente al requisito de la manifestación que debe hacerse sobre la imposibilidad de defenderse en que se encuentra el agenciado la Corte afirmó que en su ausencia el juez debería proceder a rechazar de plano la acción, así en Sentencia T-555 de 1996 (referida en sentencias SU-707 de 1996 y T-414 de 1999) “si del escrito mediante el cual el agente oficioso demanda el amparo constitucional de los derechos de su agenciado no surge, de manera clara y expresa, que éste último se encuentra en absoluta imposibilidad de defender sus derechos por sí mismo, la acción de tutela deberá ser rechazada de plano, sin que al juez le esté autorizado entrar a estudiar ninguna de las cuestiones de fondo que se han sometido a su conocimiento.”

[46] Así en la sentencia T-573 de 2001 oportunidad en la cual la Corte confirmó la sentencia del ad-quem en el sentido de revocar la sentencia del a-quo que concedió la tutela de los derechos del agenciado, pues se comprobó que la enfermedad del agenciado no le impedía promover su propia defensa y además el agente no manifestó expresamente que el agenciado no se encontraba en condiciones para promover la acción en el escrito de acción de tutela, por lo cual consideró la Corte que en este caso se configuró “la falta de legitimación en la causa.”

[47] Sobre la importancia de consultar las circunstancias propias del caso concreto ver sentencia T-555 de 1996 sentencia T-452 de 2001 y sentencia T-573 de 2001 en esta última la Corte afirmó que el eventual análisis garantiza “no sólo la adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales, sino que también permite evitar que se acuda a este mecanismo cuando ello no resulta indispensable, o el presuntamente afectado no considera vulnerado o amenazado su derecho.”

[48] Aunque no en estos términos así lo afirmó la Corte en sentencia T-555 de 1996 en el sentido de afirmar que los jueces deben proveer por “llevar a cabo una defensa cabal, adecuada y oportuna de los valores, principios y derechos constitucionales, la cual no sería posible si la agencia oficiosa, en materia de tutela, se rigiera por reglas inflexibles que no respondieran a las particularidades de cada situación concreta.” Afirmación reiterada en la sentencia T-452 de 2001. Oportunidad en la cual la Corte consideró que el juez como garante del principio de eficacia de los derechos fundamentales debe adelantar una conducta activa en materia probatoria con el objeto de establecer con precisión los hechos y afirmaciones puestos a su consideración en los escritos de tutela.

[49] Una integración normativa de la figura de la agencia oficiosa del código de procedimiento civil, dirigida a incluir tales exigencias en sede de tutela resultaría abiertamente contraria a la Constitución. Dice el artículo 47: “Agencia oficiosa procesal. Se podrá promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedido para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquella. El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si este no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente, a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados en esta ley.”

[50] Por lo cual se encuentra “desprovista de requisitos tales como la caución y la ratificación posterior de los interesados principales, que en otro tipo de diligencia se exigen” esto se explica también a partir de la naturaleza “informal” y “sumaria” del

proceso de tutela. Así en sentencia T-452 de 2001.

[51] En este sentido la Corte en Sentencia T-422 de 1993 afirmó “La disciplina normativa de la acción de tutela se inspira en un amplio designio cautelar y elimina, en este campo, exigencias estrictas que ordinariamente se establecen para la agencia oficiosa procesal, tales como la caución y la ratificación posterior de los interesados principales. El régimen legal aplicable a la acción de tutela reduce al mínimo los requisitos de esta modalidad de intervención judicial.”

[52] Esta idea subyace en la Sentencia T-044 de 1996 caso en el cual un agente oficioso recurrió abusivamente al ejercicio de la figura con el objetivo de obtener decisión judicial favorable a sus propios intereses, en las consideraciones la Corte resaltó la finalidad de la figura de la agencia oficiosa a partir de la realización de los principios constitucionales (eficacia de los derechos fundamentales (arts., 2 y 86) y prevalencia del derecho sustancial art., 228), introdujo algunos elementos dirigidos a reconocer la exigencia de la ratificación del agenciado y reprochó la conducta del falso agente. En este caso no se concedió la tutela porque se pudo comprobar que la supuesta agenciada no tenía interés en la causa al no encontrarse afectados o vulnerados derechos fundamentales.

[53] M.P. Mauricio González Cuervo.

[54] Así fue reconocido en Sentencia T-315 de 2000 caso en el cual el hermano de un enfermo grave presentó tutela como agente oficioso con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de aquel al trabajo y al mínimo vital, la Corte afirmó que el hermano del agenciado actuó “válidamente como agente oficioso... lo que permite a la Sala pasar al examen de fondo de los hechos objeto de proceso.”

[55] Sentencia T-095 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[56] Sentencia T-434 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[57] Ver entre otras, las sentencias: T-816 del 28 de septiembre de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1309 del 12 de diciembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-691 del 1 de julio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-580 del 27 de mayo de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y; T-425 del 6 de mayo de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[58]Sentencia T-878 del 26 de octubre de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[59]Sentencia T-456 del 11 de mayo de 2004; M.P. Jaime Araujo Rentería.

[60] Sentencia T-860 del 18 de agosto de 2005 y SU-1354 de 2000.

[61]Sentencias T-495 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1014 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-354 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y; T-338 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[62]Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias SU-062 de 1999, T-429 del 29 de mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-020 del 23 de enero de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

[63]Sentencia T-468 del 12 de junio de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto en la cual se afirmó que: Una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables -; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación, la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela.

[64] Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos” OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

[65] MP. Humberto Antonio Sierra Porto

[66] 39° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

[67] De manera textual el Comité señaló lo siguiente: ‘El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto’.

[68] Sentencia T-658 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[70] M.P. Fabio Morón Díaz.

[71] Ver artículos 41,42 y 43 de la Ley 100 de 1993.

[72] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[73] M.P. Mauricio González Cuervo.

[74] Sentencia C-428 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

[75] Artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y Decreto 917 de 1999. En la sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle, se estableció: (i) En los casos que se enmarcan dentro del presupuesto señalado, la fecha de estructuración no responde a este criterio; por el contrario, se establece en un momento en que los síntomas de la enfermedad -crónica, degenerativa o congénita- se hacen notorios, pero no son definitivos. (ii) El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 (Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995 -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez-) define la fecha de estructuración de la invalidez como “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

[76] Sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle.

[77] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[78] Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-505 del 28 de agosto de 1992 y T-271 del 23 de junio de 1995.

[79] Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-484 del 11 de agosto de 1992, T-185 del 28 de febrero de 2000, T-1181 del 4 de diciembre de 2003, T-010 del 15 de enero de 2004 y T-260 del 17 de marzo 17 de 2004, entre muchas otras.

[80] Sentencia T-505 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[81] Sentencia SU-256 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[82] Sentencia T-1283 de 2011.

[83] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[84] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[85] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[86] El caso concreto se trató de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral de 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002. Solicitó la pensión de invalidez, pero el fondo de pensiones se la negó bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez. En las consideraciones de la sentencia, la Sala estimó que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al Sistema hasta completar las semanas mínimas de cotización requeridas, exigidas por la Ley 860 de 2003. Se ordenó, entonces, el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas la semana cotizadas por el accionante, hasta el momento en hizo su solicitud de la pensión.

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

[88] Sentencias T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-925 de 2003, T-326 de 2004; T-1064 de 2006 y T-550 de 2008, entre otras.

[89] Sentencia T-505 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[90] M.P. Humberto Sierra Porto.

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

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

[93] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[94] Sentencia T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

[95] Ver Sentencias T-026 de 2003; T-1282 de 2005, T-077 de 2008.

[96] Sentencia T-452 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[97] En el mismo sentido las sentencias T-1064 de 2006, T-469 de 2004 y SU-647 de 1997

[98] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[99] Sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

[100] M.P. Humberto Sierra Porto.

[101] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[102] M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[103] M.P. Humberto Sierra Porto.

[104] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-378 de 1997.

[105] Sentencia T-841 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[106] La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ayudan a definir el contenido y alcance de los derechos económicos sociales y culturales. Sobre este tema pueden verse, entre otras, las sentencias T-200 de 2007 y T-1248 de 2008.

[107] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[108] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.