

Sentencia T-068/14

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-No se debe imponer carga desproporcionada a quien no es capaz de soportarla

Si bien el accionante podría, en principio, recurrir a la vía ordinaria laboral para resolver su controversia, exigirle que acuda a esa vía, es imponerle una carga desproporcionada, dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, que, por el contrario, reclaman la intervención inmediata del juez constitucional con el fin de evitar que se configure un perjuicio irremediable. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que en el peticionario concurren circunstancias que lo hacen merecedor de un trato especial: de un lado, el tener una situación de invalidez calificada; y adicionalmente, el sufrir de VIH Sida C3; una enfermedad catastrófica que demanda cuidados médicos y personales permanentes para minimizar los efectos del deterioro de su salud a fin de que ella no le impida gozar de otros derechos fundamentales, en condiciones de igualdad frente a las demás personas.

ENFERMEDADES DEGENERATIVAS, CRONICAS O CONGENITAS-Fecha de estructuración la del dictamen

La Corte ha entendido que, en el caso de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, cuyos efectos se manifiestan de manera difusa en el tiempo, la fuerza de trabajo va menguándose de manera paulatina y, por ello, a pesar del deterioro en el estado de salud, la persona tiene momentos de capacidad productiva y continúa cotizando al Sistema de Seguridad Social, hasta un momento en que debido a que su condición de salud se agrava, no lo puede hacer más. En tal sentido, ha señalado que en estos casos debe tenerse en cuenta el carácter dinámico que presenta la pérdida de capacidad laboral para efectos de resolver lo relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez.

ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Desde cuando individuo pierde de forma permanente y definitiva su capacidad laboral/PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

La Corte ha establecido que las personas que padecen enfermedades crónicas o degenerativas tienen derecho a que su situación pensional sea resuelta con fundamento en un dictamen que determine el momento en el cual se pierde exactamente el 50% de la fuerza de trabajo; ello por cuanto los derechos pensionales se adquieren al momento en que se llenan los requisitos mínimos legales para ello, y no cuando el riesgo amparado se agrava y excede dichos presupuestos. En ese orden de ideas, resulta inconstitucional resolver la situación pensional de una persona que padece una enfermedad degenerativa con base en un dictamen que no establezca precisamente la fecha en que pierde el 50% de su fuerza de trabajo, y no recoja un análisis integral sobre todas sus circunstancias personales, laborales y de salud. La importancia de determinar ese momento con precisión, radica en que a partir del mismo es cuando se contabiliza el requisito legal de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores.

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

PENSION DE INVALIDEZ DE ENFERMO DE VIH-SIDA-Orden a Porvenir reconocer y pagar pensión de invalidez en forma definitiva

Referencia: expediente T-4060467

Acción de tutela presentada por Luis Jovanny Saldarriaga Velásquez contra Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado

Veinticinco Civil Municipal de Medellín, el 14 de agosto de 2013, en el proceso de tutela de Luis Jovanny Saldarriaga Velásquez contra Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Nueve, en auto proferido el 26 de septiembre de 2013.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Jovanny Saldarriaga presentó acción de tutela contra Porvenir S.A. por la presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital. Explicó que la entidad accionada le negó el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, porque no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez. No obstante, el actor sostuvo que registra cotizaciones al Sistema General de Pensiones desde el año 1993 hasta febrero de 2010, momento en que se retiró de su trabajo y dejó de aportar al Sistema de Seguridad Social, debido a su delicado estado de salud. A continuación la Sala de Revisión expone los hechos que fundamentan la acción de tutela:

1. Hechos

1.1. En junio de 2013, el accionante solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa S.A., el 15 de junio del mismo año, en el cual se declaró que padecía una pérdida de capacidad laboral de 64.45% de origen común, con fecha de estructuración el 18 de octubre de 2012.[1]

Mediante escrito del 22 de julio de 2013, Porvenir negó la solicitud elevada por el accionante señalando “(...) no acredita 50 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.”

1.2. El peticionario explicó que ha cotizado más de 800 semanas al Sistema de Pensiones como trabajador dependiente de la empresa Pinturas Idea S.A., a través de dos entidades: el Instituto de Seguros Sociales, entre agosto de 1993 y junio de 1999, y Porvenir S.A, entre agosto de 1999 y el 9 febrero de 2010, [2] fecha en la cual efectuó su última cotización pues tuvo que retirarse de trabajar debido al delicado estado de salud que atravesaba, como consecuencia del VIH Sida C3 que padece[3].

1.3. En concreto afirmó el tutelante que se vio obligado a dejar su trabajo en el año 2010 de

la empresa Pinturas Idea S.A., porque la enfermedad que padece le causó episodios de depresión y sentía agotamiento físico, con ocasión de su labor como administrador.[4] La última cotización que el accionante registra al Sistema de Seguridad Social, es del 9 de febrero de 2010, fecha que coincide con el momento en que su empleador lo desafilió de la seguridad social, por terminación de la relación laboral.

En relación con la desafiliación, el tutelante afirma que después de su último contrato laboral no pudo seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, pues su estado de salud le impidió conseguir un trabajo fijo. De otro lado, señaló que vive con su compañero permanente desde hace 10 años. Que aquél también padece de VIH Sida[5] y que devenga una pensión por invalidez equivalente al salario mínimo. Explicó que ese dinero es el único ingreso que reciben ambos para suplir sus necesidades básicas. Además, que se encuentra afiliado al Sistema Público en Salud como beneficiario de su pareja, garantizándosele la continuidad en el suministro periódico de los retrovirales ordenados para el control de su enfermedad.[6]

1.4. Con base en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Seguros de Vida Alfa S.A., el señor Luis Jovanny Saldarriaga pidió al juez de tutela proteger su derecho fundamental al mínimo vital, y ordenar a Porvenir S.A., reconocerle la mesada pensional por invalidez.

2. Respuesta de la entidad accionada

Por intermedio del Subgerente de Servicio Regional Antioquia, Porvenir S.A. respondió la acción de tutela. Pidió que se niegue el amparo solicitado por el actor, pues él no cotizó 50 semanas entre la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el 18 de octubre de 2012 y los tres años inmediatamente anteriores a esa fecha, es decir, al 18 de octubre de 2009, como lo exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

3. Decisión que se revisa

El 14 de agosto de 2013, el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Medellín, en sentencia de única instancia, negó la protección del derecho fundamental al mínimo vital del señor Luis Jovanny Saldarriaga, y se abstuvo de reconocerle el derecho a la pensión de invalidez.

Estimó el Juzgado que el peticionario no cumple el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con el cual, accede a la pensión de invalidez la persona que haya sido calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, que haya cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En concreto afirmó el juzgado: “(...) como se vislumbra de la relación histórica de movimientos adosada por el actor, la última cotización al SGP fue en el mes de enero de 2010, así pues no se contaba con las cincuenta (50) semanas de cotización al momento de estructurarse la invalidez el día 18 de octubre de 2012, desprendiéndose del reporte que sólo tenía 16 semanas cotización durante los tres (3) últimos años, semanas que corrieron desde el mes de octubre de 2009 al mes de enero de 2010”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala Primera de Revisión es competente para conocer del fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. El señor Luis Jovanny Saldarriaga considera que Porvenir S.A. vulneró su derecho al mínimo vital, al no reconocerle la pensión de invalidez a pesar que se le dictaminara una pérdida de capacidad laboral de 64.45%.[7] La entidad accionada sostuvo, por su parte, que negó la petición porque de conformidad con los artículos 38 y siguientes de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de invalidez, la persona declarada inválida debe haber cotizado 50 semanas entre la fecha de estructuración de la invalidez y los tres años inmediatamente anteriores a ese momento, y sostuvo que en caso concreto, el peticionario no cumplió tal requisito. Este argumento fue compartido por el juez de tutela, quien negó la pretensión elevada por el actor.

2.2. Planteado así el objeto de controversia, el problema jurídico que va a resolver la Sala de

Revisión en el caso concreto, es: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Luis Jovanny Saldarriaga), afectado por una enfermedad catastrófica y degenerativa (VIH Sida C3), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que había perdido el 64.45% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente?

Para solucionar el problema jurídico, la Sala Primera de Revisión hará uso de la siguiente metodología: en primer lugar, verificará si la acción de tutela es procedente en este caso; en segundo lugar, reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la protección de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de las personas afectadas por enfermedades degenerativas; con fundamento en estas consideraciones, en tercer lugar, abordará la decisión del caso concreto.

3.1. La Sala Primera de Revisión considera que la acción de tutela objeto de estudio es el mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital del señor Luis Jovanny Saldarriaga, con fundamento en dos razones:

3.1.1. Si bien el accionante podría, en principio, recurrir a la vía ordinaria laboral para resolver su controversia con Porvenir S.A., exigirle que acuda a esa vía, es imponerle una carga desproporcionada, dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, que, por el contrario, reclaman la intervención inmediata del juez constitucional con el fin de evitar que se configure un perjuicio irremediable. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que en el peticionario concurren circunstancias que lo hacen merecedor de un trato especial: de un lado, el tener una situación de invalidez calificada[8]; y adicionalmente, el sufrir de VIH Sida C3; una enfermedad catastrófica que demanda cuidados médicos y personales permanentes para minimizar los efectos del deterioro de su salud a fin de que ella no le impida gozar de otros derechos fundamentales, en condiciones de igualdad frente a las demás personas. En este caso específico se encuentra acreditado que el peticionario no pudo continuar trabajando desde en el año 2010, debido a que su enfermedad le causó agotamiento físico y depresión, y con base en esa misma circunstancia no tuvo posibilidades de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones.[9]

3.1.2. Para examinar la procedencia de esta acción de tutela debe tenerse en cuenta además que, según lo manifestado por el actor, él y su compañero permanente sostienen su hogar con la pensión que este último devenga, que corresponde a un valor de un salario mínimo mensual vigente. Frente a tal situación, la petición de amparo también está encaminada a proteger el derecho que les asiste a ambos de gozar de un ingreso mensual autónomo, acorde con la noción de dignidad humana, y que les permita, fundamentalmente, cubrir sus necesidades básicas, y el acceso a los servicios de salud indispensables para el tratamiento de la enfermedad que ambos padecen.[10]

Una vez declarada la procedencia de la acción de tutela, pasa la Sala a resolver el asunto de fondo puesto a su consideración.

4. Los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de las personas aquejadas por enfermedades crónicas o degenerativas. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. La Constitución Política expresa un compromiso inequívoco con la especial protección de las personas que padecen limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, el cual encuentra su punto de partida en el derecho de todas las personas a recibir la misma protección y trato de las autoridades, y a que se les garanticen los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (art. 13 CP). Pero no se trata sólo de una igualdad formal, pues a renglón seguido se establece el deber del Estado de brindar una protección especial a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, con el fin de lograr que la igualdad de estas personas sea real y efectiva. Este mandato de especial protección se concreta, además, en los artículos 47, 54 y 68 de la Carta, que asignan al Estado deberes específicos de: (i) adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (art. 47); (ii) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (art. 54) y (iii) brindar educación a las personas con limitaciones físicas o mentales (art. 68).

Este mandato de especial protección cubre a todas las personas en situación de discapacidad, concepto que, a la luz de lo establecido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),[11] incluye a aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar

con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

4.2. Entre los contenidos específicos comprendidos en el mandato de especial protección de las personas en situación de discapacidad se encuentra la obligación de garantizarles el establecimiento de un sistema de protección social, que asegure los ingresos suficientes, no sólo para atender a las necesidades básicas, sino para asegurar un mejoramiento continuo de sus condiciones de vida. En ese orden de ideas, la Convención citada establece la obligación para los estados de “asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación” (art. 28, num. 2º, lit. e. CDPD); por su parte, el artículo 8 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas en 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es aún más explícito al señalar que “los Estados son responsables de las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas con discapacidad”, razón por la cual se establece, entre otras previsiones, que:

“1. Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingreso a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Los Estados deben velar por que la prestación de apoyo tenga en cuenta los gastos en que suelen incurrir las personas con discapacidades y sus familias, como consecuencia de su discapacidad”.[12]

4.3. Se tiene entonces que el Estado colombiano ha asumido un compromiso especial con la implementación de un sistema de seguridad social que cubra a todas las personas que, en razón de alguna limitación física, síquica o sensorial, encuentran particulares dificultades para acceder a un trabajo que les permita procurar su propio sustento y el de sus familias. Sin perjuicio del derecho que tienen las personas en tal condición de acceder a las prestaciones previstas en el Sistema General de Seguridad Social para cubrir las diversas contingencias que éste ampara, la legislación prevé una prestación específica para quienes, al perder o ver disminuida significativamente su capacidad laboral, no pueden continuar ofreciendo su fuerza de trabajo en el mercado ni cotizando a la seguridad social.

Se trata de la pensión de invalidez, regulada en los artículos 38 a 45 de la Ley 100 de

1993.[13] Así las cosas, el reconocimiento de dicha prestación requiere establecer que la persona ya ha perdido un 50% o más de su capacidad laboral, lo cual se determina través de un dictamen efectuado por las entidades previstas en la ley, conforme a los criterios establecidos en el Decreto 917 de 1999. Se trata de una condición necesaria pero no suficiente, pues para tener derecho a la misma es preciso, además, acreditar un mínimo de semanas de cotización: (i) si la persona alcanzó a cotizar al menos el 75% de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, sólo se exige que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres años; (ii) para quienes no hayan alcanzado dicho porcentaje, se exige que hayan cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores al hecho causante (en caso de invalidez por accidente) o a la fecha de estructuración de la invalidez (en caso de que esta se origine por enfermedad).[14] A través de la exigencia de un mínimo de cotizaciones previas al momento en que se presenta la contingencia, se trata de hacer efectivos fines constitucionalmente valiosos como son, de un lado, el cumplimiento del deber de solidaridad por parte de la persona que aspira a beneficiarse de esta pensión, manifestado en la realización de los respectivos aportes al Sistema de Pensiones y, ligado a éste, garantizar la sostenibilidad financiera de éste, sin la cual no sería posible que sirva a las finalidades para las cuales fue instituido.

De otro lado, respecto a la primera condición para acceder a la pensión de invalidez, el artículo 3º del Decreto 917 de 1999 define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva”. Según lo previsto en esta disposición, tal fecha puede ser anterior o coincidir con la fecha del dictamen que determina la pérdida de capacidad laboral.

4.4. La Corte ha entendido que, en el caso de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, cuyos efectos se manifiestan de manera difusa en el tiempo, la fuerza de trabajo va menguándose de manera paulatina y, por ello, a pesar del deterioro en el estado de salud, la persona tiene momentos de capacidad productiva y continúa cotizando al Sistema de Seguridad Social, hasta un momento en que debido a que su condición de salud se agrava, no lo puede hacer más. En tal sentido, ha señalado que en estos casos debe tenerse en cuenta el carácter dinámico que presenta la pérdida de capacidad laboral para efectos de resolver lo relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Dentro de este conjunto de decisiones cabe distinguir, para los propósitos del presente análisis, dos tipos de situaciones:

4.4.1. Aquellos casos en los que personas aquejadas de enfermedades crónicas o degenerativas continuaron trabajando, debido a una capacidad laboral residual, luego de la fecha en que se estructuró la invalidez, y a quienes les había sido negada la pensión respectiva por no contar con el número de semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En estos casos, la Corte ha establecido que los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración y anteriores a la de calificación deben ser tenidos en cuenta para el cómputo de semanas exigidas para otorgar la pensión de invalidez[15]; también ha considerado la fecha en que la persona realizó su última cotización al sistema como un indicio del momento en que perdió por completo su capacidad laboral, para efectos del reconocimiento de dicha prestación.[16]

4.4.2. Eventos en los cuales la fecha de estructuración de la invalidez es posterior al momento en el que las personas afectadas por enfermedades crónicas o degenerativas cesaron su vida laboral y dejaron de cotizar. Teniendo en cuenta que el mismo exige una pérdida de capacidad laboral del 50% como condición para acceder a la pensión de invalidez, de la que depende el goce efectivo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de personas en situación de vulnerabilidad, en este tipo de situaciones la Corte Constitucional ha puesto de manifiesto la necesidad de que los dictámenes médicos se ocupen de establecer no sólo el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que la persona presentaba al momento de realizar el dictamen, sino también de precisar la fecha en la cual la persona perdió el 50% de dicha capacidad, dado que es este el momento a partir del cual la persona supera el umbral de discapacidad que la ley exige para tener derecho a la pensión de invalidez.

En este tipo de situaciones, dentro de las cuales se ubica el caso sometido a consideración de la Sala en esta oportunidad, la Corte ha establecido que las personas que padecen enfermedades crónicas o degenerativas tienen derecho a que su situación pensional sea resuelta con fundamento en un dictamen que determine el momento en el cual se pierde exactamente el 50% de la fuerza de trabajo; ello por cuanto los derechos pensionales se adquieren al momento en que se llenan los requisitos mínimos legales para ello, y no cuando el riesgo amparado se agrava y excede dichos presupuestos. En ese orden de ideas,

resulta inconstitucional resolver la situación pensional de una persona que padece una enfermedad degenerativa con base en un dictamen que no establezca precisamente la fecha en que pierde el 50% de su fuerza de trabajo, y no recoja un análisis integral sobre todas sus circunstancias personales, laborales y de salud. La importancia de determinar ese momento con precisión, radica en que a partir del mismo es cuando se contabiliza el requisito legal de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores. Lo contrario puede suponer, en algunos casos, que pese a haber cumplido con la obligación de aportar al Sistema de Pensiones, las personas en tal situación no pueden reunir el tiempo de cotizaciones requerido por la ley para acceder a la pensión. Tal actuación iría en contra del principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), y de la buena fe de aquellos afiliados que cotizan al sistema con la expectativa de que ante algún riesgo de invalidez superior al 50% las consecuencias negativas serán morigeradas.

Así, en la sentencia T-428 de 2013[17] la Sala Primera de Revisión examinó un caso similar al estudiado en esta oportunidad, en el que a una señora que tenía una pérdida de capacidad laboral del 66.30% en razón de una enfermedad degenerativa, estructurada el diecisiete (17) de diciembre de dos mil nueve (2009), le negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez porque no cumplía el requisito de cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración. Ella alegaba que el momento en que perdió definitivamente su fuerza de trabajo era anterior al establecido por la demandada. Aunque en aquella oportunidad la Corte encontró que, en el caso concreto, no era posible establecer el momento en que la accionante superó el umbral de discapacidad exigido por la ley para tener derecho a la pensión de invalidez, consideró que el mismo podía suponerse anterior al dictaminado porque la fecha indicada correspondía a la pérdida de un 66.30%, pero no al 50% mínimo establecido en las normas vigentes para acceder a la pensión de invalidez. En atención a las particulares circunstancias del caso, y ante la urgencia de proteger el derecho al mínimo vital de la peticionaria, se ordenó reconocer de manera transitoria su derecho a la pensión de invalidez, otorgando un término de cuatro (4) meses para que ésta acudiera a la justicia ordinaria para solicitar su reconocimiento con carácter definitivo.[18]

4.5. En definitiva, para hacer efectivos los principios de prevalencia de realidad sobre las formalidades, así como el mandato específico que ordena dispensar especial protección a

las personas con discapacidad, en particular el goce efectivo de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las personas aquejadas por enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas tienen derecho a que: (i) su situación pensional se defina con base en un dictamen que determine el momento en el que perdieron el 50% de su capacidad laboral, dado que este es el umbral de discapacidad a partir del cual se tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez; (ii) en estos casos, el cómputo del mínimo de semanas de cotización exigidas por la ley en los tres años anteriores debe contabilizarse teniendo en cuenta la fecha en que la persona perdió el 50% de su capacidad laboral, salvo que la persona haya mantenido una capacidad residual que le permita continuar laboralmente activa y cotizando al sistema con posterioridad a este momento, caso en el cual también dichas cotizaciones deberán ser reconocidas para efectos pensionales[19]; (iii) para efectos de establecer el momento en el que la persona perdió al menos el 50% de su capacidad laboral con carácter permanente y definitivo, se deben tener presentes todos los elementos de juicio médicos, sociales y laborales que rodean el caso, considerando la fecha en que la persona realizó su última cotización al sistema como un indicio del momento en que perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, siempre que en el caso concreto no existan elementos que permitan establecer lo contrario.[20]

5. Del caso concreto

5.1. El señor Luis Jovanny Saldarriaga cotizó al Sistema de Pensiones de manera ininterrumpida por más de 16 años, lo que le permitió alcanzar un total de 800 semanas acreditadas. Esas cotizaciones se efectuaron así: a través del Instituto de Seguros Sociales, entre agosto de 1993 y junio de 1999[21], y a través de Porvenir S.A, entre agosto de 1999 y el 9 febrero de 2010.[22] Todos los aportes los realizó en calidad de trabajador dependiente al servicio de la empresa Pinturas Idea S.A., donde ocupó como último cargo el de administrador.[23]

5.2. Sostiene el accionante que tras el 9 de febrero de 2010, fecha en que aparece reportada su última cotización, tuvo que retirarse de trabajar debido al delicado estado de salud que atravesaba, como consecuencia del VIH Sida C3 que padece[24]. En concreto, afirmó que renunció a sus labores porque la enfermedad le causó depresión y agotamiento

físico, lo que le impidió continuar con la vida que llevaba hasta ese momento. Con posterioridad a este momento, no pudo seguir cotizando al sistema de pensiones, pues su estado de salud no le permitió volver a insertarse al mercado laboral. Adicionalmente, debió dedicarse al cuidado de su compañero permanente, con quien convive hace cerca de 10 años, quien también padece VIH Sida[25]. Desde el momento en que se vio obligado a dejar su trabajo, sobrevive junto con su compañero con la pensión de invalidez que devenga este último, equivalente a un salario mínimo; único ingreso que reciben ambos para suplir sus necesidades básicas. Recibe atención en salud gracias a que se encuentra afiliado al sistema público como beneficiario de su pareja, lo que le garantiza la continuidad en el suministro periódico de los retrovirales ordenados para el control de su enfermedad.[26]

5.3. El dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa S.A. el 15 de junio de 2013 determinó que el señor Luis Jovanny Saldarriaga presentaba una pérdida de capacidad laboral total de 64.45% de origen común, derivada de una “deficiencia global por infección con VIH/SIDA”, con fecha de estructuración el 18 de octubre de 2012.[27] Este documento señala que la fecha de estructuración obedece a que en ese momento se produjo la “valoración de infectología del programa con estadificación C3”, clasificación que obedeció al “síndrome de desgaste” que presentaba.

Porvenir S.A. definió la situación pensional del accionante con fundamento en este dictamen, negando el reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto el interesado no cumplía el requisito de haber cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

5.4. La Sala no dispone de elementos de juicio para cuestionar el dictamen emitido por Seguros de Vida Alfa S.A. Sin embargo, encuentra que en él no se precisa el momento en el cual el accionante perdió el 50% de su capacidad laboral, pues tan sólo se indica que para el 18 de octubre de 2012 dicha pérdida ascendía al 64.45%. Como la invalidez se origina en una enfermedad degenerativa, en el presente caso existe un 14.45% en exceso sobre el porcentaje que da lugar a los beneficios del sistema pensional. Por tanto, es válido inferir que el actor pudo haber perdido más del 50% de tal capacidad en una fecha anterior a la indicada en el dictamen, debido a que su enfermedad le llevó a perder fuerza de trabajo paulatinamente.

Como lo ha expresado la Corte en anteriores oportunidades[28], debe hacerse una distinción entre el momento de la calificación y el momento en el cual, de acuerdo a los datos clínicos, la persona llegó a un 50% de pérdida de capacidad laboral. La fecha relevante para conocer si el actor tiene derecho a la pensión de invalidez no es aquella en la que se le dictaminó el 64.45% de pérdida de la capacidad laboral, sino el momento en que perdió más del 50%, ya que para efectos pensionales se entiende en circunstancias de invalidez la persona que “hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. [29] Quienes sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, se encuentran en condición de invalidez cuando pierden la mitad de su capacidad laboral, pues tal pérdida, en este tipo de enfermedades, no se presenta inmediatamente sino de manera progresiva. [30]

5.5. En el presente caso, la Sala encuentra elementos de juicio que le permiten concluir que el 9 de febrero de 2010 es una fecha relevante para establecer el momento en el cual el señor Luis Jovanny Saldarriaga superó el umbral mínimo de discapacidad a partir del cual la ley le reconoce el derecho a acceder a la pensión de invalidez.

5.5.1. En efecto, mientras el accionante estuvo en la plenitud de sus facultades desarrolló una vida económicamente activa, laborando de manera ininterrumpida por más de 16 años y cumpliendo en todo este tiempo con su obligación de efectuar aportes al sistema de seguridad social, en donde alcanzó a reunir más de 800 semanas cotizadas. Ello pone de manifiesto que en ningún momento se sustrajo al deber de contribuir de manera solidaria al sistema al que hoy acude en procura de garantizar sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital. A la luz de su historia no habría entonces ningún elemento para interpretar que su intempestivo retiro de un empleo que había logrado conservar de manera estable desde el inicio de su vida laboral obedece a motivos distintos al hecho de que, a partir de ese momento se desencadenó la situación de discapacidad que lo llevó a renunciar a su trabajo y, desde entonces, le cerró las puertas del mercado laboral.

5.5.2. En segundo lugar, la enfermedad que padece el accionante no sólo le enfrenta a un deterioro progresivo y considerable de su salud, sino a padecer la discriminación laboral y social que aun hoy afrontan las personas diagnosticadas como seropositivos. La existencia de estos patrones de exclusión social y laboral ha sido reconocida y documentada por la Organización Internacional del Trabajo, quien ha advertido que “la estigmatización, la

discriminación y la amenaza de perder el empleo que sufren las personas afectadas por el VIH o el sida constituyen obstáculos para que conozcan su propio estado serológico respecto del VIH, lo cual aumenta la vulnerabilidad de los trabajadores al VIH y socava su derecho a prestaciones sociales”[31]. Es por ello que, dentro de los Principios Fundamentales que encabezan el Repertorio de Recomendaciones y Prácticas de la OIT sobre VIH/SIDA en el Mundo del Trabajo, se establece que la actitud ante las personas que padecen esta enfermedad “debería inspirarse en la solidaridad y la prestación de asistencia y apoyo”, lo que implica que “no deberían ser objeto de discriminación ni ellos ni las personas a su cargo en lo referente a la afiliación y al disfrute de las prestaciones de los regímenes obligatorios de seguridad social y de los planes de previsión profesionales”. Ante las dificultades de acceso a las prestaciones de la seguridad social que enfrentan las personas diagnosticadas con esta enfermedad, en particular se recomienda que “(a)l concebir y llevar a cabo los programas de seguridad social, los poderes públicos deberían tener en cuenta el carácter progresivo e intermitente de la enfermedad y adaptarlos en consonancia con ello, por ejemplo, facilitando las prestaciones cuando y como sean necesarias y asegurando una tramitación rápida de las solicitudes”. [32]

El llamado de atención que formula la Organización Internacional del Trabajo constituye un elemento relevante para interpretar los hechos del presente caso, pues ponen de manifiesto que situaciones como las que ha tenido que sortear el señor Luis Jovanny Saldarriaga se inscriben en el contexto de discriminación y estigmatización que afecta con especial intensidad a las personas que padecen VIH / Sida, lo que acentúa su condición de vulnerabilidad. Bajo esta perspectiva, y ante la falta de elementos de juicio que permitieran llegar a una conclusión contraria en este caso específico, el cese de toda actividad laboral a partir de 9 de febrero de 2010 no encuentra otra explicación razonable distinta a la que plantea el propio accionante, cuando señala que desde entonces, por su condición de salud y por la dificultad de encontrar un empleo, no ha tenido la oportunidad de volver a trabajar.

5.5.3. Un tercer elemento que permite a la Sala concluir que fue a partir de febrero de 2010 cuando el accionante alcanzó el umbral de discapacidad que le impidió continuar con su vida laboral fue el hecho de que para ese momento, además de afrontar el deterioro de su propia salud debió asumir el cuidado de su compañero permanente, quien también padece VIH/Sida, situación que contribuyó a desencadenar la depresión que lo llevó a renunciar a su

empleo. Se trató de un momento crítico en el proceso de deterioro de sus condiciones de bienestar físico, mental y social, es decir, de su salud en un sentido integral, pues en su frágil condición tuvo que afrontar el dilema de destinar su tiempo y energías para cuidar de sí mismo y atender a su compañero enfermo o continuar proveyéndose el sustento para suplir sus necesidades básicas. El accionante optó por lo primero, y eso le costó la exclusión definitiva del mundo laboral.

5.6. En conclusión, la Sala estima que en el presente caso concurren elementos que permiten afirmar la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Luis Jovanny Saldarriaga, por cuanto, pese a padecer una enfermedad degenerativa, su situación pensional fue resuelta con base en un dictamen donde no se estableció con exactitud la fecha en la cual ocurrió la pérdida del 50% de su capacidad laboral, siendo éste el momento en el que, de acuerdo con la ley, se adquiere el derecho a la pensión de invalidez. Tal dictamen se limitó a indicar que para el 18 de octubre de 2012 el accionante presentaba una pérdida de capacidad laboral que ascendía a un 64.45%, pero no estableció en qué momento se superó el umbral mínimo del 50% exigido por la ley para efectos de reconocer la pensión de invalidez. Por tratarse de una enfermedad degenerativa cuyos efectos se manifiestan de manera progresiva, es razonable inferir que el accionante alcanzó dicho umbral con anterioridad al 18 de octubre de 2012, fecha en que, según el dictamen, presentaba un exceso de pérdida de fuerza de trabajo de 14.45% en relación con lo exigido por la ley para configurar una situación de invalidez.

Asimismo, al examinar las particulares circunstancias del caso encuentra que existen elementos de juicio suficientes para considerar que el momento en el que el accionante alcanzó el umbral de discapacidad que puso fin a una trayectoria laboral ininterrumpida de cerca de 16 años coincidió con el 9 de febrero de 2010, fecha en la cual su precario estado de salud, sumado a sus circunstancias familiares, desencadenaron una depresión que lo llevó a renunciar a su trabajo y le impidió reintegrarse con posterioridad a otra actividad laboral. En ese orden de ideas, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, deberá entenderse que fue esta la fecha en que el accionante perdió el 50% de su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, y será esta misma fecha la que habrá de tenerse en cuenta para calcular si el accionante cumple con el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores al momento en el que, según la definición legal, se configura el estado de invalidez. Según la relación de semanas cotizadas, tal

requisito se encontraría satisfecho, toda vez que el señor Luis Jovanny Saldarriaga cotizó al sistema de pensiones, a través del Instituto de Seguros Sociales, entre agosto de 1993 y junio de 1999[33], y a través de Porvenir S.A, entre agosto de 1999 y el 9 febrero de 2010.[34]

Pero además, el accionante enfrenta unas condiciones de especial vulnerabilidad que determinan la necesidad de amparar sin dilaciones su derecho al mínimo vital, ante el riesgo de que se configure un perjuicio irremediable. Tales condiciones resultan de la enfermedad catastrófica y degenerativa que padece el señor Luis Jovanny Saldarriaga; la discriminación laboral y social que afronta debido a su condición de salud, agravada por el hecho de que también su compañero permanente padece VIH / Sida; el hecho de que esta persona no cuenta con ingresos propios para proveer a sus necesidades básicas, dependiendo para ello de la pensión de invalidez por valor de un salario mínimo que recibe su compañero permanente; finalmente, el presentar en la actualidad una pérdida de capacidad laboral del 64.45%, sin pronóstico de recuperación y con probabilidad de seguir incrementándose.

Por lo anterior, la Sala encuentra procedente otorgar el amparo solicitado y, en las condiciones expuestas, disponer el reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho el accionante. Tal decisión se adopta, no sólo considerando las circunstancias de especial vulnerabilidad que afronta el señor Luis Jovanny Saldarriaga, sino también el hecho de que durante los 16 años en que permaneció laboralmente activo, esta persona honró en todo momento su deber de solidaridad, al efectuar cumplidamente los aportes al sistema de pensiones. En ese orden de ideas, el reconocimiento de esta prestación, necesaria para asegurarle mínimas condiciones de vida digna, no compromete la sostenibilidad financiera del sistema, por cuanto el accionante alcanzó a cotizar más de 800 semanas, al menos 50 de las cuales lo fueron dentro de los tres (3) años anteriores al 9 de febrero de 2010, fecha en la cual, de acuerdo a los elementos de juicio aportados al proceso, se produjo la pérdida permanente y definitiva de capacidad laboral del accionante en el porcentaje mínimo exigido por la ley.

5.7. En consecuencia, la Sala Primera de Revisión revocará el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Medellín, en la cual se negó al accionante el reconocimiento a la pensión de invalidez, por no haber cotizado 50 semanas

en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En su lugar, amparará los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, para lo cual ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca a Luis Jovanny Saldarriaga Velásquez, identificado con cédula de ciudadanía 98.595.358 su derecho a la pensión de invalidez. Para tal efecto, deberá tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en los tres años anteriores al 9 de febrero de 2010 fecha en la cual, según los elementos de juicio que obran en el expediente, el accionante de forma permanente y definitiva su capacidad laboral en el porcentaje exigido por la ley para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez; asimismo, deberá tomarse el salario devengado para esta fecha como base para la liquidación de la pensión de invalidez. El procedimiento para el pago efectivo de esta prestación no podrá exceder de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de esta providencia.

La orden se dirige al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no porque la Sala estime que haya sido la responsable de la situación que produjo la violación de los derechos fundamentales, sino porque legalmente está en la posición de ofrecer al actor un remedio constitucional adecuado para la afectación de sus derechos, en tanto se trata de la entidad a la que el accionante estuvo afiliado y efectuó sus cotizaciones al sistema de pensiones entre agosto de 1999 y febrero de 2010; además estuvo vinculada al trámite de tutela como entidad demandada y, en caso de no haberlo hecho, está en posición de reclamar el correspondiente bono pensional a la entidad del régimen de prima media con prestación definida a la que el accionante efectuó sus aportes antes de que decidiera su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Veinticinco Civil Municipal de Medellín el 14 de agosto de 2013, en el cual se negó el reconcomiendo a la pensión de invalidez al señor Luis Jovanny Saldarriaga Velásquez, por no haber cotizado 50

semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en su proceso de tutela contra Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En consecuencia, AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, que fueron vulnerados ante la negativa a reconocer la pensión de invalidez.

Segundo.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca a Luis Jovanny Saldarriaga Velásquez, identificado con cédula de ciudadanía 98.595.358 su derecho a la pensión de invalidez. Para tal efecto, deberá tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en los tres años anteriores al 9 de febrero de 2010 fecha en la cual, según los elementos de juicio que obran en el expediente, el accionante de forma permanente y definitiva su capacidad laboral en el porcentaje exigido por la ley para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez; asimismo, deberá tomarse el salario devengado para esta fecha como base para la liquidación de la pensión de invalidez. El procedimiento para el pago efectivo de esta prestación no podrá exceder de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de esta providencia.

Tercero.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-068/14

FECHA DE ESTRUCTURACION DE INVALIDEZ POR JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Las juntas de calificación tienen la obligación legal de establecer solo una fecha de estructuración y no dos (Salvamento de voto)

FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Cuando se trata de pacientes portadores del virus VIH se podría afirmar que la pérdida de la capacidad laboral depende del estado de salud que en el momento de la calificación esté atravesando el paciente (Salvamento de voto)

FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Resulta más acorde con la realidad establecer como fecha de estructuración el día en el que el actor dejó efectivamente de trabajar, pues es en dicho momento en el que perdió de manera efectiva su capacidad laboral (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-4.060.467

Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE

Salvo el voto en la Sentencia T-068 de 2014, debido a que no estoy de acuerdo con la regla que estableció esta providencia, pues considero en primer lugar, que las juntas de calificación tienen la obligación legal de establecer solo una fecha de estructuración y no

dos como se pretende en el presente caso.

De otra parte, y cuando se trata de pacientes portadores del virus VIH el cual mata o daña las células del sistema inmunológico del organismo, como sucede en el presente caso, de alguna manera se podría afirmar que la pérdida de la capacidad laboral depende del estado de salud que en el momento de la calificación esté atravesando el paciente, por ejemplo, si para dicho instante tiene una fuerte gripa y su sistema inmunológico está debilitado su condición médica se hace más gravosa, lo que de alguna manera desvirtúa que el 50% de la pérdida de la capacidad laboral se haya dado mucho tiempo antes de cuando se realizó el dictamen.

De acuerdo con lo anterior, resulta más acorde con la realidad establecer como fecha de estructuración el día en el que el actor dejó efectivamente de trabajar, pues es en dicho momento en el que perdió de manera efectiva su capacidad laboral. Esta regla ha sido acogida por las diferentes Salas de Revisión.

Por las razones expuestas me aparto de la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

Magistrado

[1] Dictamen de pérdida de capacidad laboral, folios 7 a 9 del cuaderno principal. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal a no ser que se diga expresamente otra cosa.

[2] La relación de las cotizaciones efectuadas por el actor al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se encuentra anexas al escrito de tutela, folios 10 a 20.

[3] Dictamen de pérdida de capacidad laboral del accionante, expedido por Asalud Ltda., folios 7 a 9.

[4] Esta Corporación ha considerado que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información vía telefónica a los peticionarios o sus familiares, o a la parte accionada o vinculada, a las autoridades responsables, sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción, y también para solicitar el envío a la Corporación de información y documentos. Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de

celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela, y en la presunción de buena fe que se deriva del artículo 83 de la norma superior. Así lo ha hecho la Corporación en diferentes decisiones, tales como las sentencias T-603 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-643 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-726 de 2007 (M.P. Catalina Botero Marino), T-041 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-050 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-644 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-700 de 2008 y T-770 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-456 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-470 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-473 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-891 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-130 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-798 de 2010 y T-822 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-827 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-965 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-075 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-179 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-313 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-582 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-967 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-655 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-790 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada), T-962 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-311 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-517 y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-550 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-578 de 2013 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T-600 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-635 de 2013 y T-637 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-647 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), y T-682 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). En el caso concreto, el despacho sustanciador solicitó al accionante que se manifestara sobre dos asuntos. Primero, sobre las causas que lo llevaron a no continuar cotizando al Sistema de Pensiones después de febrero de 2010. Y segundo, cómo actualmente suple sus necesidades básicas. Frente a la primera pregunta el accionante contestó que debido a diferentes episodios de depresión y de cansancio físico, renunció a su trabajo y requirió a su fondo de pensiones para que calificara su pérdida de capacidad laboral. Que después de efectuada la renuncia quedó desafiliado del Sistema y debido a que su condición de salud no mejoró, no pudo seguir proveyéndose de un salario para continuar efectuando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Sobre la segunda pregunta contestó que su compañero permanente, quien también padece de VIH Sida, recibe una pensión por valor de un salario mínimo, y con ese ingreso garantizan

difícilmente la satisfacción de sus necesidades diarias, incluyendo el costo de algunos servicios médicos, como los retrovirales que ordenan los especialistas para el control de su enfermedad.

[5] En el dictamen de pérdida de capacidad laboral de Asalud Ltda. que ordenó Seguros Alfa S.A., al señalar los fundamentos la pérdida de capacidad laboral de actor, se lee “paciente asintomático a su pareja se le diagnosticó VIH” (folios 7 a 9).

[6] Numeral 5 de los hechos de la tutela.

[7] Folios 7 a 9.

[8] Folio 8.

[9] En la sentencia T-138 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte se refirió a la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando se trata de una persona que padece VIH, a propósito del caso de un solicitante a que le fue negado el derecho por cuanto había cotizado 49 semanas de las 50 que requería para el reconocimiento de la prestación. Dijo la Sala Octava de Revisión: “el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ha sido considerado como un derecho fundamental susceptible de protección mediante la acción de tutela, especialmente cuando se está frente a un enfermo de VIH-SIDA, con el único propósito de defender la dignidad del enfermo y garantizar su subsistencia. Es por ello que se dispuso en la Constitución en su artículo 13: “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” Ver en el mismo sentido la sentencia T-027 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[10] Según se acreditó en el folios 7 a 9, el compañero permanente del señor Luis Jovanny Saldarriaga también padece de VIH Sida.

[11] Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 e incorporada al derecho colombiano mediante la Ley 1346 de 2009. Este instrumento y su ley aprobatoria fueron declarados exequibles en sentencia C-293 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

[12] Esta obligación se reitera en la Observación General No 5 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales relativa a los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en 1994.

[13] Con las modificaciones introducidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, algunas de las cuales fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo, SPV. María Victoria Calle, SPV. Jorge Iván Palacio).

[15] Al respecto pueden observarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-561 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-103 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-671 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-209 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), T-022 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), y T-886 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[16] Tal decisión ha sido adoptada, entre otras, en las sentencias T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), T-103 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), T-209 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa), T-427 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa) y T-294 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa).

[17] MP María Victoria Calle Correa.

[18] Sobre la necesidad de determinar el momento en que tuvo lugar la pérdida del 50% de la capacidad laboral, se dijo entonces: “[la Corte no puede] acceder a la pretensión de la señora Olga Inés López Beltrán de fijar la fecha de estructuración de su incapacidad a partir del momento en que dejó de hacer aportes al Sistema General de Pensiones, lo que ocurrió en abril de 2007, porque no se encuentra evidencia de que en ese momento la actora ya hubiera perdido su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Sin embargo, tampoco hay certeza de que su invalidez se hubiera estructurado el 17 de diciembre de 2009, como se afirma en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por Seguros Alfa S.A., ya que la invalidez a esa fecha corresponde al 66.3%. Por lo tanto, la señora López pudo haber perdido más del 50% de su capacidad laboral en una fecha anterior a ese dictamen, debido a que la esclerosis múltiple es una enfermedad degenerativa. Así, la fecha relevante para establecer si la actora tiene derecho a la pensión de invalidez no es aquella en que perdió el 66.3%, sino la fecha en que perdió más del

50% de su capacidad laboral, ya que es a partir de ese momento en el que se debe contabilizar los tres años en los cuales se debieron aportar más de 50 semanas. // [...] Por lo anterior, aunque la Sala no encuentra evidencia suficiente para establecer la fecha en que la actora perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, lo que le impide proteger en forma permanente sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, sí tiene razones para suponer que la tutelante pudo haber perdido su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% antes del 17 de diciembre de 2009.”

[19] Ambas reglas de decisión fueron expresadas en la sentencia T-883 de 2013 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez) en los siguientes términos: “(p)ara definir la fecha de la estructuración de la invalidez, es necesario determinar con especial cuidado la incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado, en especial cuando se parte del diagnóstico de enfermedades catalogadas como degenerativas, congénitas o crónicas, por cuanto si bien pueden ser calificados con un porcentaje mayor al 50% en una fecha que podría ser la del diagnóstico de la enfermedad, lo que haría presumir a su vez la incapacidad laboral, la misma naturaleza de dichas enfermedades, que implican un deterioro paulatino en la salud, necesariamente no conllevan a que el afectado deje de laborar.// En este sentido, cuando con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez la persona dictaminada con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% sigue laborando, esta Corte ha concluido que es preciso tener en cuenta dichas cotizaciones que se asumen producidas en ejercicio de una capacidad laboral residual, hasta cuando la persona de manera absoluta no esté en condiciones de continuar trabajando. // Lo anterior, se sustenta en que es posible que con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez, la persona conserve, en efecto, una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema, le haya permitido seguir trabajando y cotizando al sistema hasta que en forma definitiva no le sea posible hacerlo”.

[20] A este respecto, la sentencia T-103 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) señaló que “un elemento definidor del estado de invalidez es el hecho de que la persona por sí misma no puede procurarse los medios para una vida digna y decorosa, medios que se adquieren normalmente de una actividad laboral remunerada; presumiéndose, en principio, que el momento clave de la estructuración de la invalidez está íntimamente ligado con aquel en que la persona no pudo seguir laborando como consecuencia de condiciones físicas o mentales”.

[21] Folio 10.

[22] La relación de las cotizaciones efectuadas por el actor al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se encuentra anexas al escrito de tutela, folios 10 a 20.

[23] Folio 8.

[24] Dictamen de pérdida de capacidad laboral del accionante, expedido por Asalud Ltda., folios 7 a 9.

[25] En el dictamen de pérdida de capacidad laboral de Asalud Ltda. que ordenó Seguros Alfa S.A., al señalar los fundamentos la pérdida de capacidad laboral de actor, se lee “paciente asintomático a su pareja se le diagnosticó VIH” (folios 7 a 9).

[26] Numeral 5 de los hechos de la tutela.

[27] Dictamen de pérdida de capacidad laboral, folios 7 a 9 del cuaderno principal.

[28] Sentencia T-428 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa).

[29] Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral”, artículo 38: “[p]ara 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.” El fragmento subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-589 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla). Allí se sostuvo que imponer un límite cuantitativo para establecer la condición de invalidez no vulnera el derecho a la igualdad de quienes ostentan un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%), por cuanto este último grupo poblacional podía continuar ejerciendo sus actividades económicas, y así realizar más aportes al sistema hasta tanto alcancen otro beneficio prestacional.

[30] Corte Constitucional, sentencia T-428 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa).

[31] Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recomendación No. 200 de 2010 “Sobre el VIH y el SIDA en el mundo del trabajo”.

[32] Organización Internacional del Trabajo (OIT). Repertorio de Recomendaciones y

Prácticas de la OIT sobre VIH/SIDA en el Mundo del Trabajo, 2001, en particular los aspectos relacionados con la garantía del derecho a la seguridad social están contenidos en el Principio Fundamental 4.10, Deber de Protección Social (Numeral 5 literal f) y Recomendaciones 9.5 y 9.6.

[33] Folio 10.

[34] La relación de las cotizaciones efectuadas por el actor al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se encuentra anexas al escrito de tutela, folios 10 a 20.