

Sentencia T-262/12

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

El juez de tutela tiene la labor de valorar si efectivamente el derecho fundamental del accionante se encuentra amenazado o vulnerado, con el fin de establecer si es procedente el amparo. Así en caso de no disponer de un medio de defensa procederá la acción de tutela de manera definitiva y en el evento que exista y éste no resulte idóneo y eficaz, se reconocerá como mecanismo transitorio, a no ser que una persona se halle ante un perjuicio irremediable. Por consiguiente, el amparo resulta improcedente ante la presencia de otro medio de defensa judicial, salvo en el evento que se determine que dicho medio no es idóneo o eficaz para la protección del derecho o que ocurra un perjuicio irremediable. esta Sala considera que el derecho a la pensión de invalidez, al ser el único sustento económico de una persona diagnosticada inválida por una enfermedad de carácter terminal, que implica una disminución física que le dificulta el acceso al trabajo, podrá ser amparada por la vía de tutela con el objeto de proteger las posibles violaciones a sus derechos fundamentales.

ENFERMO DE SIDA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION/ENFERMEDAD CATASTROFICA O RUINOSA-Protección constitucional reforzada de personas con VIH-SIDA

La Corte ha concedido el amparo constitucional de los derechos fundamentales cuando se está ante un sujeto de especial protección constitucional o de personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Particularmente, las personas que padecen de VIH se hacen merecedoras de una “protección constitucional reforzada”, debido a que “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.” Por tal motivo, este Tribunal ha advertido que tratándose de enfermos de VIH, ellos no sólo gozan de los mismos derechos que las demás personas, sino que además el Estado y las autoridades correspondientes están en la obligación de brindarles un amparo especial con el fin de garantizar sus derechos

fundamentales y su dignidad, impidiendo que sean objeto de un trato discriminatorio, en especial, por las consecuencias que puede acarrearles su padecimiento.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Fundamental

A pesar de que la pensión de invalidez tiene origen legal, la Corte Constitucional ha señalado que puede adquirir el rango de derecho fundamental cuando se encuentre directa e inmediatamente relacionado con uno o más derechos de esa categoría. Se reitera, entonces, que la pensión de invalidez es una prestación de carácter pecuniario que otorga el sistema de seguridad social por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, lo que implica su reconocimiento por la vía ordinaria. Empero, existen circunstancias que tornan más gravosa la situación, como ocurre cuando la pensión es reclamada por un individuo que se encuentra bajo protección especial por padecer una enfermedad catastrófica, en cuyo caso esta Corte ha ordenado el reconocimiento de la pensión de invalidez a través de la acción de tutela.

PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE SIDA-Dificultad en contabilizar las semanas de cotización por el carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad

Existen enfermedades como el VIH/SIDA, que se agravan paulatinamente con el transcurso del tiempo, hecho que no impide que la persona continúe laborando hasta cuando su estado de salud lo permita, y cotizando al sistema, como lo señaló la sentencia T-710 de 2009 “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”. Así las cosas, se entiende que un individuo adquiere legalmente la pensión de invalidez cuando es declarado invalido y cumple con el requisito legal de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. El problema se presenta cuando se está ante enfermedades de carácter progresivo o degenerativo en las que el origen de la contingencia se fija al primer síntoma, a pesar de que durante el intervalo comprendido entre esa fecha y en la que el individuo pierde definitivamente su capacidad para laborar, haya venido trabajando normalmente. La AFP al examinar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de una persona que sufre una enfermedad progresiva o degenerativa,

debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas al sistema durante el periodo comprendido entre la fecha de estructuración de invalidez y el momento en que el individuo pierde su capacidad laboral de manera permanente y definitiva.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Vulneración por las controversias surgidas entre Porvenir y el ISS para determinar quién debe reconocer y pagar la pensión invalidez de enfermo de sida

Referencia: expediente T-3270578

Acción de tutela interpuesta por el señor AAA1 en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por los juzgados Cuarto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali y Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, en la acción de tutela instaurada por AAA en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

1.1. El 17 de agosto de 2011, el señor AAA de 47 años promovió acción de tutela en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el Instituto de Seguros Sociales por considerar vulnerados sus derechos a “la pensión”, a la igualdad y a la dignidad humana.

1.2. Argumenta que estando laborando le diagnosticaron en el año 2000 el virus de Inmunodeficiencia Humana VIH, situación que se agravó en el 2010 cuando además contrajo tuberculosis.

1.3. A raíz de tal situación fue incapacitado por la EPS COOMEVA, a la cual se encontraba afiliado desde el 2009. Al cumplir 180 días de incapacidad, dicha entidad lo remitió al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de que le realizara el estudio técnico médico para establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad para trabajar.

1.4. Realizado el dictamen por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A., el 14 de julio de 2010 fue calificado con el 67,50% de pérdida de la capacidad laboral y se estableció como fecha de estructuración de la misma el 21 de noviembre de 2007.

1.5. Luego, solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez, petición que le fue negada aduciendo que la entidad obligada a pensionarlo era el Instituto de Seguros Sociales, porque a la fecha de la estructuración de su enfermedad, noviembre de 2007, se encontraba afiliado a dicho Instituto, al cual había cotizado desde el año de 1988.

1.6. Inmediatamente, se dirigió al Instituto de Seguros Sociales, donde le aseguraron que “es Porvenir quien [lo] tiene que pensionar”². Agrega que “cuando [se acercó] al Seguro (sic) la niña solo me dio una constancia de que mi estado actual era de traslado”³.

1.8. En este orden de ideas, el actor solicita que “sea tenidos (sic) en cuenta todas estos sucesos para que Porvenir S.A. defina [su] situación”.

2. Contestación de la demanda

2.1. El Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, dispuso admitir y avocar el conocimiento de la acción, así como también vincular como litisconsortes necesarios a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondo de Pensiones y de Cesantías -ASOFONDOS DE COLOMBIA-⁴ y al Instituto de Seguros Sociales, este último, guardó silencio a pesar de haber sido notificado.

2.2. La sociedad Porvenir S.A. anotó que el accionante no tenía derecho a la pensión de invalidez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, puesto que a la fecha de

estructuración de su invalidez, (establecida por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A., el día 21 de noviembre de 2011), el accionante no se encontraba afiliado a esa sociedad.

Agregó que “[E]n los términos del artículo 41 de decreto 1406 de 1999, la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, de los afiliados al sistema general de pensiones se hace efectiva con posterioridad al diligenciamiento y presentación del formulario de afiliación.”⁵. Añadió que “[L]a solicitud de vinculación a esta Administradora se realizó el 19 de noviembre de 2008, la cual comenzó a surtir efectos a partir del 1 de enero de 2009, fecha posterior en la que se le determinó la pérdida de la capacidad laboral del accionante (21 de noviembre de 2007). Igualmente en los términos del artículo 42 del decreto en mención, la cobertura de los riesgos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la afiliación a la nueva entidad administradora de pensiones, se encuentra a cargo de la entidad de la cual se desvinculó (sic) el trabajador”⁶.

Además, indicó que para la reclamación del reconocimiento de tal prestación, el actor disponía de la Jurisdicción Laboral Ordinaria. Finalmente, señaló que no existía prueba de la que se pudiera colegir la existencia de un perjuicio irremediable.

2.3. ASOFONDOS DE COLOMBIA manifestó que la tutela resultaba improcedente contra dicha entidad, debido a que no tenía la naturaleza de administradora de fondo de pensiones y simplemente se dedicaba a la administración del sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones (SIAFP) del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), por lo que carecía de legitimidad para ser parte pasiva en este asunto. Agregó que le correspondía al I.S.S. pronunciarse sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2011, decidió denegar la demanda de tutela argumentando que si bien era cierto que la Corte Constitucional ha señalado que una persona que sufre una enfermedad terminal es sujeto de especial protección, también consideró que la tutela no es el mecanismo idóneo para decidir sobre el “reconocimiento de

la pensión de invalidez”, ya que debía ser resuelto por la vía ordinaria.

Agregó que dentro del expediente no se observa la existencia de un “perjuicio irremediable”, debido a que el accionante se encontraba afiliado a la EPS COOMEVA, entidad que ha venido cubriendo todo lo atinente a su enfermedad. Además, consideró que su mínimo vital no se encontraba afectado debido a que su antiguo empleador le proporcionaba cierta suma de dinero que le ayudaba a cubrir sus necesidades básicas.

2. Impugnación

El accionante, mediante escrito del 15 de septiembre de 2011, impugnó el fallo sin explicar en qué radicaba su inconformidad.

3. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, en providencia del 13 de octubre de 2011, confirmó la sentencia proferida por el a quo en todas sus partes y con idénticos argumentos.

III. PRUEBAS

De las pruebas que obran en el expediente T-3270578 se destacan:

- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante (folio 3).
- Copia de la relación de semanas cotizadas al I.S.S. (folios 7 a 8).
- Copia del certificado de traslado del I.S.S. a Porvenir S.A. (folio 9).
- Copia de la consulta directa ASOFONDOS-SIAFP (folio 10).
- Certificado de Porvenir S.A. sobre respuesta a la solicitud pensional (folios 11 a 15).
- Copia de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, emitida por Seguros de Vida Alfa S.A. (folios 16 a 18).
- Original del documento básico para el proceso de valoración de invalidez realizado por Porvenir S.A. (folio 20).

- Copia de la relación de las remisiones de COOMEVA al Fondo de Pensiones Porvenir S.A. para la calificación de pérdida de capacidad laboral (folios 21 a 28).
- Original del certificado desde la fecha en que se encuentra afiliado a Porvenir S.A. y, la relación de semanas cotizadas a dicha AFP (folios 29 a 30).

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana fueron vulnerados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al negarse a reconocer al accionante que padece de VIH y tuberculosis la pensión de invalidez bajo el argumento de que para la época en que se estructuró el estado de invalidez, se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales. O si por el contrario, es el I.S.S., quién afecta dichas garantías al informarle al actor que: "... ellos no eran los encargados de los pagos"⁷. Por tanto, corresponde a la Corte determinar cuál es la entidad responsable del pago del reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para abordar la problemática expuesta, esta Sala empezará por reiterar su jurisprudencia constitucional respecto de (i) la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de derechos fundamentales, (ii) los enfermos de VIH como sujetos de especial protección constitucional, (iii) el derecho a la pensión de invalidez y, (iv) por último, se resolverá el caso concreto.

3. La acción de tutela como mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de derechos fundamentales

El artículo 86 de la Carta Política dispone que cuando se encuentre vulnerado o amenazado

un derecho constitucional fundamental, la acción de tutela procede como mecanismo de defensa judicial para su protección inmediata, frente a cualquier acción u omisión que provenga ya sea de una autoridad pública o de un particular.

El juez de tutela tiene la labor de valorar si efectivamente el derecho fundamental del accionante se encuentra amenazado o vulnerado, con el fin de establecer si es procedente el amparo. Así en caso de no disponer de un medio de defensa procederá la acción de tutela de manera definitiva y en el evento que exista y éste no resulte idóneo y eficaz, se reconocerá como mecanismo transitorio, a no ser que una persona se halle ante un perjuicio irremediable. En efecto, ha señalado este Tribunal la observancia de dos presupuestos para determinar la procedencia: “En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela. Basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio”⁸.

Por consiguiente, el amparo resulta improcedente ante la presencia de otro medio de defensa judicial, salvo en el evento que se determine que dicho medio no es idóneo o eficaz para la protección del derecho o que ocurra un perjuicio irremediable⁹.

4. Los enfermos de VIH como sujetos de especial protección constitucional

La Corte ha concedido el amparo constitucional de los derechos fundamentales¹⁰ cuando se está ante un sujeto de especial protección constitucional o de personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Particularmente, las personas que padecen de VIH se hacen merecedoras de una “protección constitucional reforzada”¹¹, debido a que “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.”¹²

Por tal motivo, este Tribunal ha advertido que tratándose de enfermos de VIH, ellos no sólo gozan de los mismos derechos que las demás personas, sino que además el Estado y las autoridades correspondientes están en la obligación de brindarles un amparo especial con el fin de garantizar sus derechos fundamentales y su dignidad, impidiendo que sean objeto de un trato discriminatorio¹³, en especial, por las consecuencias que puede acarrearles su padecimiento¹⁴:

“...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 muerte¹⁵.

La protección especial a ese grupo poblacional¹⁶ está fundamentada en el principio (sic) 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 humana¹⁷ 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 discriminatorios¹⁸”¹⁹.

Por lo tanto, se puede concluir que las personas que sufren de VIH son sujetos de especial protección debido a que se está ante “una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud”²¹, por lo que la sociedad debe tomar conciencia acerca de la situación en la que se encuentran estas personas con el objeto de brindarles un trato igualitario, solidario y digno con el fin de poder llevar una vida plena.

5. El derecho a la pensión de invalidez

El artículo 48 superior establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Agrega la mencionada norma que las reformas en materia de seguridad social deben ser de carácter progresivo, lo cual no puede menguar el grado de protección ya obtenido en materia de derechos prestacionales²².

Es oportuno señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene bajo su cargo juzgar la responsabilidad del Estado en temas relacionados con el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales²³, sosteniendo en esta materia:

“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.”²⁴.

Por otra parte, el legislador, a través de la Ley 100 de 1993, implementó el Sistema General de Seguridad Social, consagrando, entre otras normas, un capítulo sobre pensiones de invalidez por riesgo común que busca compensar mediante el otorgamiento de una prestación pecuniaria el infortunio derivado de la pérdida de capacidad laboral. Conforme con el artículo 38 de la referida ley: “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”.

Así mismo, la Ley 860 de 2003 en su artículo 1º estableció que el afiliado inválido tiene derecho a la pensión de invalidez causada por enfermedad cuando acredite haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

A pesar de que la pensión de invalidez tiene origen legal, la Corte Constitucional ha señalado que puede adquirir el rango de derecho fundamental cuando se encuentre directa e inmediatamente relacionado con uno o más derechos de esa categoría:

“El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes ‘el derecho irrenunciable a la seguridad social’. Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce a favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales.”²⁵.

Se reitera, entonces, que la pensión de invalidez es una prestación de carácter pecuniario que otorga el sistema de seguridad social por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, lo que implica su reconocimiento por la vía ordinaria. Empero, existen circunstancias que tornan más gravosa la situación, como ocurre cuando la pensión es reclamada por un individuo que se encuentra bajo protección especial por padecer una enfermedad catastrófica, en cuyo caso esta Corte ha ordenado el reconocimiento de la pensión de invalidez a través de la acción de tutela²⁶:

“Teniendo en cuenta que la pensión de invalidez es un derecho de origen legal que busca una compensación de carácter económico por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, adquiere relevancia constitucional cuando su reconocimiento es solicitado por personas en situación de especial protección como los enfermos de VIH, por lo que hace pertinente la procedencia de la tutela para lograr el eventual reconocimiento del mismo y evitar con ello la ocurrencia de un perjuicio irremediable... [concluye que] 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 subsistencia²⁷".

En suma, esta Sala considera que el derecho a la pensión de invalidez, al ser el único sustento económico de una persona diagnosticada inválida por una enfermedad de carácter terminal, que implica una disminución física que le dificulta el acceso al trabajo, podrá ser amparada por la vía de tutela con el objeto de proteger las posibles violaciones a sus derechos fundamentales.

6. Derecho de pensión de invalidez cuando se está frente a enfermedades de carácter progresivo o degenerativo

Esta Corporación ha señalado que el estado de invalidez, es una situación física o mental que afecta a la persona a tal punto que no puede valerse por sí sola para subsistir y vivir dignamente y le impide desarrollar una actividad laboral remunerada²⁸, así lo señaló la sentencia T-561 de 2010 "una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada".

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia 17187 de 2001, donde señaló que una persona es declarada inválida "desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia"²⁹. Igualmente, expresó que "como la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral".³⁰

Además, la OIT en su recomendación número 13 complementaria del Convenio número 128, determinó que para definir la pensión de invalidez se debía tener en cuenta "la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso aplicable".

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, indicó que una persona es considerada inválida por enfermedad común cuando "por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".

De lo anterior, se puede colegir que un individuo pierde su capacidad laboral y se estructura su invalidez en la fecha a partir de la cual no cuenta de manera permanente y definitiva, con el conjunto de habilidades y/o aptitudes necesarias para realizar una actividad laboral con el objeto de percibir una remuneración pecuniaria.

Así, se le otorga el derecho a dicha pensión a la persona que es declarada inválida, por enfermedad o por accidente y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”, conforme con los requisitos establecidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Además, el otorgamiento de la referida prestación, se hace a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, desde el momento en que la persona ha perdido toda capacidad para trabajar, y se encuentre imposibilitada para mantenerse a sí misma.

En ciertas oportunidades la fecha de estructuración de la invalidez y la ocurrencia del siniestro por enfermedad o accidente concuerdan y producen la pérdida inmediata de la capacidad laboral. Sin embargo, existen eventos en los que el periodo de la estructuración no coincide con la fecha en que efectivamente una persona pierde su capacidad para trabajar³².

Tal situación sucede en los casos en que un individuo padece de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en las que el menoscabo de la capacidad laboral es gradual, y “[f]rente 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 tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.³³ Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez”³⁴.

Existen enfermedades como el VIH/SIDA, que se agravan paulatinamente con el transcurso del tiempo, hecho que no impide que la persona continúe laborando hasta cuando su estado de salud lo permita, y cotizando al sistema, como lo señaló la sentencia T-710 de 2009 “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”.

Así las cosas, se entiende que un individuo adquiere legalmente la pensión de invalidez cuando es declarado inválido y cumple con el requisito legal de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. El problema se presenta, como ya se explicó, cuando se está ante enfermedades de carácter progresivo o degenerativo en las que el origen de la contingencia se fija al primer síntoma, a pesar de que durante el intervalo comprendido entre esa fecha y en la que el individuo pierde definitivamente su capacidad para laborar, haya venido trabajando normalmente³⁵.

En la sentencia T-801 de 2011, la Corte estudió el caso de una persona que padecía de una enfermedad degenerativa a quien dos entidades administradoras (el I.S.S. y el Fondo Administrador de Pensiones Porvenir S.A.), le habían negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, la primera argumentando que la entidad encargada de reconocer y pagar dicha prestación era a la que estaba afiliado el individuo en la fecha de estructuración de la invalidez; por su parte la otra alegó que la responsabilidad le correspondía al fondo al que se encontraba afiliado actualmente.

La providencia, decidió que la AFP que debía asumir tal prestación, era la última a la que la persona había estado afiliada, por dos motivos:

“5.3.1. La AFP Porvenir es la última entidad a la que el accionante efectivamente estuvo afiliado. De hecho, el 7 de febrero de 2002, el peticionario reportó traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y su afiliación a Porvenir, comenzó a surtir efectos desde el 1 de abril del mismo año. De igual manera, a pesar de que se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 1 de agosto de 1998, sólo hasta agosto de 2010, es decir, doce (12) años después se calificó la invalidez, lo que tiene sentido en el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor padece una enfermedad degenerativa (insuficiencia renal terminal) y a pesar de los síntomas siguió trabajando y cotizando al Sistema General de Pensiones, hasta el momento en que definitivamente no pudo seguirlo haciéndolo, teniendo que solicitar la calificación de pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez. No puede perderse de vista que el peticionario se

afilió a Porvenir hace 9 años, y que ambas solicitudes se realizaron cuando el petitionerario se encontraba a dicho Fondo. Esto, por supuesto, con independencia del traslado de los aportes que debe realizar el ISS y los bonos pensionales que concurren en este caso, asunto que como ya se dijo, no es factible definirlo en este escenario, ni puede constituir de ninguna manera una barrera de acceso al goce efectivo del derecho a la pensión del actor, como quiera que es un trámite interadministrativo que no es de su resorte.

5.3.2. En segundo término, la Sala advierte que el argumento esgrimido por la AFP Porvenir, según el cual, no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque en la fecha en que se estructuró la invalidez, estaba afiliado al ISS, no es de recibo. Ello, porque, con base en los precedentes de esta Corte,³⁶ es viable concluir que, independientemente de que la fecha de estructuración de la invalidez sea el 1 de agosto de 1998, la calificación de la invalidez es de agosto de 2010 y el actor siguió cotizando al sistema General de Pensiones doce (12) años más, de hecho, su traslado de régimen fue posterior a esa fecha, pues se hizo el 7 de febrero de 2002. Lo anterior significa que, a pesar de que en el dictamen del 30 de diciembre de 2009 se establece que el señor Murillo perdió su capacidad laboral el 1 de agosto de 1998, fecha en que se estructuró su invalidez, en realidad el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo exige el Decreto 917 de 1999³⁷, el 30 de octubre de 2010, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que siguió laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones, durante 12 años aproximadamente”.

De lo anterior, se infiere, que la AFP al examinar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de una persona que sufre una enfermedad progresiva o degenerativa, debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas al sistema durante el periodo comprendido entre la fecha de estructuración de invalidez y el momento en que el individuo pierde su capacidad laboral de manera permanente y definitiva³⁸.

7. Caso concreto

7.1. En el presente asunto, el señor AAA instauró el amparo constitucional contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el Instituto de Seguro Social -I.S.S.- por estimar transgredidos sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y a un trato digno, dado que pese a habersele reconocido pérdida de capacidad laboral en un 67.50% por

el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida ALFA S.A., Porvenir S.A. (el 19 de julio de 2010)³⁹, entidad a la que había cotizado desde 2009, ésta negó el reconocimiento de la pensión al considerar que a la fecha de estructuración del estado de invalidez (21 de noviembre de 2007), el accionante no se encontraba afiliado a esta Sociedad Administradora.

La mencionada entidad en el trámite de tutela sostuvo que “[E]n los términos del artículo 41 del decreto 1406 de 1999, la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, de los afiliados al sistema general de pensiones se hace efectiva con posterioridad al diligenciamiento y presentación del formulario de afiliación.”⁴⁰. Añadió que “[L]a solicitud de vinculación a esta Administradora se realizó el 19 de noviembre de 2008, la cual comenzó a surtir efectos a partir del 1 de enero de 2009, fecha posterior en la que se le determinó la pérdida de la capacidad laboral del accionante (21 de noviembre de 2007). Igualmente en los términos del artículo 42 del decreto en mención, la cobertura de los riesgos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la afiliación a la nueva entidad administradora de pensiones, se encuentra a cargo de la entidad de la cual se desvinculó el trabajador”⁴¹. Por lo anterior, Porvenir S.A. indicó que la entidad a la cual le correspondería atender tal reclamación era a la que se encontraba afiliado el actor al momento de la estructuración de aquella.

7.2. Antes de entrar a revisar de fondo este caso, es pertinente recordar que la acción de tutela se interpuso en razón de la incertidumbre a que se ha expuesto al actor respecto de la entidad a la cuál debía acudir para que se le reconociera y pagara su derecho pensional. La aclaración de esta situación está revestida de urgencia y gravedad, debido a que al accionante le ha sido diagnosticada una pérdida de capacidad laboral de 67.50%, y se encuentra acreditado plenamente, que es portador del VIH, que sufre de tuberculosis, y que no cuenta con empleo.

En las circunstancias descritas, el presente amparo es procedente para determinar la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de existir otro mecanismo de defensa judicial, ya que se trata de un sujeto amparado constitucionalmente y que carece de capacidad económica para sufragar sus gastos de subsistencia. De este modo, su enfermedad terminal no da espera a que se establezca por la vía ordinaria la entidad obligada a reconocer su pensión⁴⁴.

7.3. En este caso, se aprecia que Porvenir S.A. manifestó que si bien es cierto que el accionante aportó a la administradora del fondo de pensiones y cesantías -AFP- desde el 1º de enero de 2009, también lo es que desde 1988 hasta el 31 de diciembre de 2008, cotizó al Instituto de Seguros Sociales, por lo que este último era el obligado a atender el reconocimiento de la pensión de invalidez, en razón a que dicho estado se estructuró el 21 de noviembre de 2007, época para la cual AAA no se encontraba afiliado a Porvenir S.A..

Por su parte, el I.S.S. no se pronunció sobre los requerimientos de la tutela a pesar de que el Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes de Cali lo notificó el 25 de agosto de 2011, vinculándolo como litisconsorte necesario y concediéndole un término de dos (2) días para ejercer su derecho de defensa⁴⁵.

Por lo expuesto, debe esta Sala entrar a determinar cuál es la entidad responsable del reconocimiento de dicha pensión, para ello, es importante señalar que a pesar de que se le estructuró la invalidez el 21 de noviembre de 2007, esta fecha no debe tenerse en cuenta para determinar el momento en que el actor perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva como lo señala el artículo 3 del Decreto ley 917 de 1999, debido a que el señor AAA continuo laborando y cotizando al sistema hasta el 2 de febrero de 2011⁴⁶.

Con base en dicha norma y en el acervo probatorio que reposa en el expediente, este Tribunal observa lo siguiente:

i. El actor cotizó desde el 22 de septiembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2008 al Instituto de Seguros Sociales⁴⁷, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

i. Luego, se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. donde cotizó desde el 1º de enero de 2009 hasta el 2 de febrero de 2011⁴⁸, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y,

i. Para el tiempo en que se estructuró la invalidez (21 de noviembre de 2007), el accionante se encontraba afiliado al I.S.S.49 y siguió aportando al sistema, pero el 14 de julio de 2010 el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida ALFA S.A., calificó una pérdida de la capacidad laboral de 67,50% por enfermedad de origen común⁵⁰.

Conforme con lo anterior y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la obligación de cubrir el riesgo de invalidez le correspondería a la última entidad en la que se encontraba afiliado el demandante al momento en que se estableció la fecha de calificación de la invalidez⁵¹, es decir, al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que, a pesar de estar establecido como fecha de estructuración el 21 de noviembre de 2007, sólo hasta el 14 de julio de 2010, esto es, tres años después se determinó el grado de invalidez definitiva. Esto obedece a las condiciones especiales del actor (enfermo de VIH y Tuberculosis) y al hecho de haber continuado cotizando al sistema pensional⁵², hasta el momento en que no pudo seguir haciéndolo por lo que en realidad el accionante perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva⁵³ como lo exige el Decreto ley 917 de 1999, el 14 de julio de 2010, oportunidad en la que se le valoró y calificó.

Por lo expuesto, le corresponde al I.S.S. remitir el bono pensional al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., correspondientes a la cuenta del señor AAA.

7.4. Ahora bien, la Sala encuentra necesario determinar si el accionante cumple los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión de invalidez. Ello obedece a la gravosa situación en que se encuentra, y que por tanto no da más espera⁵⁴.

Así las cosas se tiene que, tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el de ahorro individual con solidaridad, instaurados por la Ley 100 de 1993⁵⁵, se establecieron como requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad común los mismos que se encuentran estipulados por los artículos 38, 39, 40 y 41 de esa misma norma, a saber:

i. Haber perdido el cincuenta (50%) o más de la capacidad laboral, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente.

i. Ser declarado inválido y acreditar cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez⁵⁶.

i. Que la pérdida de la capacidad laboral, el estado de invalidez y el origen de las contingencias sea determinado en primera oportunidad por las administradoras del régimen subsidiado, las administradoras de riesgos profesionales -ARP-, las compañías de seguros y las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, las juntas regionales de calificación de invalidez y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con base en el Manual Único para la calificación de invalidez expedido por el Gobierno Nacional.⁵⁷

Conforme con estos presupuestos legales y con las pruebas que obran en el expediente se evidencia que AAA cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, como se explicará a continuación:

Para comenzar, se colige que el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A., determinó una pérdida de la capacidad equivalente a 67.50% por enfermedad de origen común, el 14 de julio de 2010.

Respecto a las semanas cotizadas, se observa que cotizó desde el 22 de septiembre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 2008 al Instituto de Seguros Sociales⁵⁸; que luego se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. donde aportó desde el 1º de enero de 2009 hasta el 2 de febrero de 2011⁵⁹.

Dentro de los tres años anteriores a la fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, esto es, el 14 de julio de 2010⁶⁰, aparecen registradas en su historia laboral las siguientes cotizaciones entre julio de 2007 y julio de 2010⁶¹:

CICLO

DÍAS COTIZADOS al ISS

30

2007/10

30

2007/11

30

2007/12

30

2008/01

30

2008/02

30

2008/03

30

2008/04

30

2008/06

30

2008/10

30

2008/11

30

2008/12

30

360 días que equivalen a 51.43 semanas

CICLO

DÍAS COTIZADOS a PORVENIR S.A.

2009/01

30

2009/02

30

2009/03

16

2009/04

30

2009/05

30

2009/07

30

2009/10

8

2009/11

30

2009/12

30

30

2010/02

30

2010/03

30

2010/04

30

2010/05

30

2010/06

30

2010/07

30

444 días que equivalen a 63.43 semanas

De esta manera, se constata que el segundo requisito también se encuentra satisfecho⁶², toda vez que el accionante cotizó dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de calificación de la invalidez (14 de julio de 2010), ciento catorce punto ochenta y seis (114.86) semanas que rebasan el mínimo de cincuenta (50) semanas exigido por la norma.

En relación con la exigencia de la determinación de la pérdida de la capacidad laboral, el estado de invalidez y el origen de las contingencias, por parte de las entidades autorizadas, como ya se dijo, fue establecida por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A.

7.5. En casos como el que se analiza, la acción de tutela se constituye en un mecanismo expedito para la protección efectiva y urgente de las garantías fundamentales. Recuérdese que el actor es una persona portadora de VIH, que además padece tuberculosis -TBC-, y no cuenta con los medios económicos para sobrevivir por estar desempleado. En esa medida, someterlo a esperar que la justicia ordinaria resuelva de fondo la controversia planteada, haría nugatoria la protección efectiva de sus derechos constitucionales⁶³.

Bajo los parámetros descritos, la Sala encuentra necesario proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante. Por lo tanto, se procederá a revocar el fallo de segunda instancia y se ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie el proceso de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a nombre del señor AAA, que no podrá exceder de treinta (30) días.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, de fecha trece (13) de octubre de 2011, que a su vez confirmó el proferido por el Juzgado Cuarto Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad de fecha nueve (9) de septiembre de 2011, que

negó el amparo solicitado por el señor AAA, para en su lugar, CONCEDER por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y a la igualdad de AAA.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales -I.S.S.- para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, remita el respectivo bono pensional que deberá ser transferido a la AFP Porvenir S.A. para que sea abonado a la cuenta de ahorro individual del señor AAA.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como al juez de instancia que conocieron de este proceso que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva y confidencialidad en relación con la identidad e intimidad del peticionario⁶⁴.

Quinto.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Conforme con el artículo 15 de la Carta Política, la Corte deja en reserva el nombre del accionante con el fin de proteger su derecho a la intimidad personal.

2 Cuaderno de instancia, folio 1.

3 Ídem, folio 80.

4 “Entidad gremial colombiana, sin ánimo de lucro, de derecho privado y cuya duración será de cincuenta (50) años prorrogables... La Asociación podrá sin perjuicio de lo anterior, establecer y adelantar actividades en todo el territorio nacional o en el exterior, estableciendo en estos su domicilio, con la previa autorización del Consejo Directivo”. Cuaderno de instancia, folio 56.

6 Ídem.

7 Ídem, folio 80.

8 Sentencia T-072 de 2008.

9 Sentencia SU-037 de 2009, indicó: “La posibilidad de dar trámite a una petición de tutela como mecanismo transitorio exige, por una parte, (i) demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, por la otra, (ii) que existe otro mecanismo de defensa judicial al que se puede acudir para decidir con carácter definitivo la controversia planteada en sede de tutela.”

10 Sentencia T-052 de 2008.

11 Sentencia T-1064 de 2006.

12 Sentencia T-262 de 2005.

13 Sentencia T-505 de 1992.

14 Sentencia T-843 de 2004.

15 Sentencias T-505 de 1992 y T-271 de 1995.

16 Sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992, ya citada, T-185 de 2000, T-1181 de 2003, T-010 de 2004 y T-260 de 2004, entre muchas otras.

17 Sentencia T-505 de 1992.

18 Sentencia SU-256 de 1996.

19 Sentencias T-843 de 2004 y T-885 de 2011.

20 Programa de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, página www.onusida.org.co.

21 Sentencia T-1064 de 2006.

22 Sentencia C-428 de 2009: “El principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social y la prohibición, prima facie, de adoptar medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales, consiste básicamente en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo, y está consagrado tanto en la Constitución Política (artículo 48) como en otros cuerpos normativos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -intérprete autorizado del PIDESC- y el Pacto de San José de Costa Rica que enuncian compromisos frente a la progresividad de la legislación en materia de derechos económicos, sociales y culturales”.

23 Artículo 26 del Pacto de San José aprobado por la Ley 16 de 1972.

24 Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” del 28 de febrero de 2003.

25 Sentencia T-619 de 1995.

26 “El derecho a la pensión de invalidez, como elemento constituyente del derecho a la seguridad social, resulta por ende tutelable si se logra demostrar que su desconocimiento pone en grave peligro los derechos a la vida, a la dignidad humana y a la integridad del titular”. Sentencia T-1251 de 2005.

27 Sentencia T-036 de 2011.

28 Sentencia T-103 de 2011.

29 Casación de 17 de agosto de 1954, mencionada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá 1967. Pág 725.

30 Sentencia 17187 de 2001, Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

31 “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”.

32 Sentencia T-885 de 2011.

33 (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 (que modifica el Decreto 692 de 1995 -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.-) define el momento 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”.

34 Sentencia T-885 de 2011.

35 Sentencia T-710 de 2009.

36 En la sentencia T-699A de 2007, La Corte, al revisar el caso de una persona a quien se le había determinado una fecha retroactiva de estructuración de invalidez y continuó cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, señaló: “(...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades

físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez” (negrilla por fuera del texto original) En el mismo sentido también se puede consultar la sentencia T-710 de 09.

37 “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995” Manual Único para la Calificación de la Invalidez. En su artículo 2 define los conceptos de invalidez, de capacidad laboral y trabajo habitual. “(...) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.”

38 Sentencia T-885 de 2011.

40 Ídem, folios 37 a 39.

41 Ídem.

42 Ídem, folio 80.

43 Ídem.

44 Sentencia T-036 de 2011.

45 Cuaderno de instancia, folio 36.

46 Ídem, folio 30.

47 Ídem, folios 7 a 9.

48 Ídem, folio 30.

49 Ídem, folios 7 a 9.

50 Ídem, folio 17.

51 Sentencia T-801 de 2011.

52 Sentencias T-452 de 2009 y T-710 de 2009.

53 Sentencia T-801 de 2011.

54 Sentencia T-886 de 2000 señala que "...la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que en, ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerado o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental".

55 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

56 Artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

57 Artículo 4º del Decreto reglamentario 2463 de 2001 "Las decisiones que tomen las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las administradoras de riesgos profesionales, las juntas regionales de calificación de invalidez y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sobre el grado de pérdida de la capacidad laboral, se emitirán con base en el manual único para la Calificación de la Invalidez o en las tablas de calificación vigentes al momento de la estructuración de dicha pérdida, según sea el caso. En este último evento, la entidad calificadora determinará en primer lugar, la fecha de estructuración y luego procederá a la aplicación de la tabla correspondiente".

58 Cuaderno de instancia, folios 7 a 9.

59 Ídem, folio 30.

60 "Respecto de la acreditación de las cincuenta semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no se contabilizará dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, sino desde la fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral". Sentencia T-200 de 2011.

61 Reporte de las semanas cotizadas al ISS (folios 7 y 8) y al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (folio 30).

62 Igualmente, el señor AAA cumple requisitos para acceder a la pensión de invalidez teniendo en cuenta los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, esto es, setenta y siete (77) semanas que rebasan el mínimo de cincuenta (50) semanas exigido por la norma.

63 "... [D]ebemos recordar que la misma jurisprudencia constitucional ha señalado que no resulta aceptable someter a las personas con una particular condición de vulnerabilidad, al agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasegar judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales, pues de someterlas a dichos trámites se podría llegar a comprometer hasta su propia dignidad". Sentencia T-509 de 2010.

64 Sentencia T-504 de 1994.