

Sentencia T-348/15

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-
Desarrollo jurisprudencial

La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la situación de las personas afectadas con el VIH-SIDA es particularmente especial y por tanto, son sujetos de protección constitucional por cuanto su padecimiento causa un deterioro progresivo del estado de salud, y por ende, en la calidad de vida de quien lo padece.

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

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

REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ Y REGIMEN APLICABLE-Reiteración de jurisprudencia

MARCO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION A LA JUVENTUD EN DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL

PENSION DE INVALIDEZ PARA POBLACION JOVEN-Protección constitucional

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION DEL ESTADO DE INVALIDEZ PARA PERSONAS CON VIH

PENSION DE INVALIDEZ-Se debe tener en cuenta no solo la fecha de estructuración de la invalidez, sino la condición de especial protección de ciertos sujetos como los enfermos de VIH-SIDA

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Fecha de estructuración de la invalidez desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral

Cuando se está frente al trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la fecha de diagnóstico o del primer síntoma, es diferente de aquella en que se perdió efectiva y totalmente la capacidad laboral, es decir, cuando no pudo aportar más al sistema general de pensiones porque le fue imposible seguir laborando, se deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez, el día en que esa persona perdió de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, calificada con un porcentaje igual o mayor al 50%, y es a partir de ese momento que se debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable.

PENSION DE INVALIDEZ-Parágrafo 1° del artículo 1 de la ley 860 de 2003 que incluye a los jóvenes, exige haber cotizado 26 semanas

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a Fondo Protección reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: Expediente T-4793008

Acción de tutela instaurada por Marcos contra el Fondo de Pensiones Protección S.A. y la EPS Coomeva.

Derechos fundamentales invocados: al debido proceso, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital.

Temas: (i) procedibilidad de la acción de tutela para solicitar pensión de invalidez, (ii) protección especial a personas con VIH-SIDA, (iii) normativa aplicable para acceder a la pensión de invalidez, (iv) determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Problema jurídico: ¿vulnera derechos fundamentales, la negativa de reconocimiento de pensión de invalidez a una persona que padece VIH-SIDA, por no cumplir con el requisito de ley de haber cotizado al menos 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil quince (2015).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de segunda instancia, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja, el 19 de noviembre de 2014, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, el 15 de octubre de 2014, que negó los derechos fundamentales, en el trámite de la acción de tutela incoada por Marcos contra el Fondo de Pensiones Protección S.A. y la EPS Coomeva.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió en el Auto del 13 de marzo de 2015, notificado el 20 de marzo de 2015 para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. ACLARACIÓN PRELIMINAR

Teniendo en consideración que el accionante es una persona portadora del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH-SIDA), y con la finalidad de amparar las garantías constitucionales de que son titulares el actor y su familia, se protegerá su derecho fundamental a la intimidad y confidencialidad, por lo tanto, atendiendo lo dispuesto por la jurisprudencia la Sala Séptima de Revisión se abstendrá de divulgar su nombre. De igual forma, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta

Corporación y los jueces de instancia guarden estricta reserva en este proceso[1].

1.2. SOLICITUD

El señor Marcos, instauró el 3 de octubre de 2014 acción de tutela contra el Fondo de Pensiones Protección S.A. y la EPS Coomeva, por considerar que vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo como argumento que no cumple el requisito de ley de haber cotizado al menos 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Con base en lo expuesto, solicita se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la entidad correspondiente que reconozca y pague dicha prestación económica, ya que sí cumple con los requisitos de ley para acceder a ese derecho. Basa su solicitud en los siguientes:

1.3 HECHOS

1.3.1 El accionante nació el 15 de abril de 1985, por lo que actualmente cuenta con 30 años de edad, y se encuentra afiliado a la EPS Coomeva, desde el 29 de noviembre de 2011, donde actualmente se encuentra activo, y al Fondo de Pensiones Protección S.A. desde el 3 de enero de 2012, como trabajador de la empresa Estatal de Seguridad Ltda.

1.3.2 Señala que en octubre del año 2010 se le diagnosticó VIH-SIDA C3, y actualmente se encuentra incapacitado desde hace más de 580 días.

1.3.3 Indica que el 4 de abril de 2013, la Compañía Suramericana de seguros de Vida S.A., emitió calificación de pérdida de capacidad laboral en 62.05% de origen "ENFERMEDAD COMÚN" y fecha de estructuración el 4 de octubre de 2012.

1.3.4 Afirma que la entidad accionada, el Fondo de Pensiones Protección S.A., tiene conocimiento de la gravedad del asunto y de su estado de salud.

1.3.5 Manifiesta que el 22 de mayo de 2013 solicitó "RECLAMACIÓN POR INVALIDEZ" ante el Fondo de Pensiones Protección S.A. accionado, a lo cual, la entidad le comunicó que no cumplía con las 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha

de la estructuración de la invalidez, por lo tanto “... no cumple con los mencionados requisitos, pues tan solo cotizó 48.76 semanas en ese período de tiempo”.

1.3.6 Dice que en reiteradas ocasiones ha solicitado el reconocimiento de su pensión debido a que lo que le cancelan por incapacidad no le alcanza para cubrir sus gastos básicos y los de las personas que dependen de él. Sumado al hecho, que la EPS Coomeva no le ha autorizado más prórrogas de incapacidad, alegando que debido al cambio de médico tienen que revisar la documentación de la historia clínica nuevamente, encontrándose en consecuencia, desprotegido en salud.

1.3.7 Expresa que por tratarse de una enfermedad mortal de consecuencias degenerativas, su estado de salud ha presentado varias complicaciones, entre otras, “...Síndrome de desgaste y sarcoma de Kaposi (...) – hipotiroidismo” (Negrilla y subrayado propio).

1.3.8 Por último, refiere que la enfermedad que padece no le permite trabajar o desarrollar otras actividades que le permitan devengar un ingreso, y debido a que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, la negativa de la pensión le ocasiona un perjuicio irremediable, por lo que solicita la protección de sus derechos de manera urgente.

1.4 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja admitió el 6 de octubre de 2014 el amparo incoado por el accionante, y requirió al Fondo de Pensiones Protección S.A. y a la EPS Coomeva, para que se manifestaran respecto de los hechos y pretensiones contenidas en el libelo.

De igual forma, citó al señor Marcos, para que ampliara su declaración, y vinculó de manera oficiosa a la Secretaría de Salud de Barrancabermeja, a la ARL Colpatria y al FOSYGA.

1.4.1 Declaración del señor Marcos.

Mediante declaración rendida el 6 de octubre de 2014, el señor Marcos manifestó que no trabaja desde noviembre de 2012, y que desde enero de 2013 se encuentra incapacitado.

No obstante hace 2 meses la EPS decidió no prorrogar la incapacidad y por lo tanto no se las han cancelado, alegando que como consecuencia del cambio de médico tratante, se tiene que estudiar nuevamente toda la documentación de su historia clínica.

Igualmente aclaró, que la EPS Coomeva le está prestando todos los servicios en salud que requiere para tratar la enfermedad que está padeciendo.

Dice, que su núcleo familiar está compuesto por su madre, su pareja y tres hermanos menores, quienes no trabajan.

Finalmente aseguró, que se encuentra inscrito en el registro de personas portadoras del VIH que lleva la Secretaría de Salud del municipio; así mismo dijo que pertenece al estrato uno y no posee bienes ni devenga otros ingresos distintos al pago de las incapacidades médicas.

1.4.2 ARL AXA Colpatria.

Mediante escrito del 9 de octubre de 2014, la ARL AXA Colpatria informó que el accionante se encuentra afiliado a través de la empresa Estatal de Seguridad Ltda., desde el 29 de octubre de 2011.

Además, señaló que se encuentra regida por las normas que regulan el Sistema General de Riesgos Profesionales para determinar el origen de las patologías que en primera instancia la EPS realice, calificación que debe ser notificada a la ARL. En esas circunstancias, asume el reconocimiento y pago de las incapacidades y de prestaciones asistenciales cuando las mismas tienen origen laboral, por lo tanto, en el presente caso, la enfermedad es de origen común y debe asumirla la EPS del cotizante.

Por último solicita se declare improcedente la acción de amparo contra la entidad, por cuanto no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor.

1.4.3 Secretaría de Salud de Barrancabermeja.

Mediante escrito del 9 de octubre de 2014, la Secretaría de Salud de Barrancabermeja informó que revisadas las bases de datos del BDUA del FOSYGA, el accionante se encuentra afiliado a la EPS Coomeva desde el 4 de noviembre de 2011 y actualmente está activo.

Frente al tema de la acción de tutela, que consiste básicamente en la negativa del Fondo de Pensiones Protección S.A. en concederle la pensión y la falta de atención por parte de la EPS Coomeva, señaló que en estos eventos la responsabilidad en la prestación oportuna de los servicios médicos es de la EPS Coomeva, así mismo de suministrarle al paciente un tratamiento integral.

En consecuencia, solicita excluir a esa Secretaría de responsabilidad en la acción de tutela.

1.4.4 La EPS Coomeva.

Mediante escrito del 9 de octubre del 2014, la EPS Coomeva alegó improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación de la causa por pasiva. Las razones expuestas son las siguientes:

Señala que el accionante es usuario afiliado como trabajador de la empresa Estatal de Seguridad Ltda., desde el 29 de noviembre de 2014, y actualmente se encuentra activo.

Igualmente, dice que se le han transcrito incapacidades temporales continuas con contingencia “Enfermedad General” desde el 30 de enero de 2013 hasta el 14 de octubre de 2014 por diagnósticos relacionados con “Infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana” acumulando 610 días.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 0019 de 2012, Medicina Laboral de la EPS Coomeva emitió concepto “No Favorable” el cual fue remitido al Fondo de Pensiones Protección “para la cobertura de la incapacidad superior a 180 días y/o Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral”. Aseguró que la responsabilidad de la EPS Coomeva está en asumir las incapacidades hasta 180 días, correspondiendo la cobertura de las superiores a 180 días al Fondo de Pensiones Protección, conforme lo establece la normatividad vigente.

En tal virtud, solicita se declare improcedente la acción de tutela frente a la EPS Coomeva.

1.4.5 Fondo de Pensiones Protección S.A.

El Fondo de Pensiones Protección S.A., presentó escrito el 10 de octubre de 2014, señalando que el señor Marcos está afiliado desde el 3 de enero de 2011. Que presentó solicitud de pensión por invalidez el 22 de mayo de 2013. Por ese motivo, fue remitido ante la Comisión Médico Laboral quien dictaminó un 62.05% de pérdida de la capacidad laboral, por enfermedad de origen común y fecha de estructuración de la invalidez el 4 de octubre de 2012.

Manifestó que analizados los demás requisitos exigidos para acceder a la pensión, establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003[2], se observó que “no cumple con los mencionados requisitos, pues tan solo cotizó 48.76 semanas en ese período de tiempo”.

Considera que el actor fue atendido oportunamente en su requerimiento, por cuanto se le remitió para la calificación del estado de pérdida de la capacidad laboral y una vez conocidos los resultados se pasó al análisis de los demás requisitos que deben acreditarse para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Por lo tanto, aduce que la Administradora de Pensiones Protección S.A., ha obrado de conformidad con las disposiciones legales, y no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, y por ello la acción de tutela no está llamada a prosperar.

1.5 PRUEBAS

A continuación se relacionan las pruebas que obran en el expediente:

1.5.1 Copia del oficio de fecha 16 de junio de 2014, de Pensiones Protección, dirigido al accionante, con asunto: “Notificación dictamen sobre el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral”, en donde se le informa que se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 62,05% de origen enfermedad común y fecha de estructuración del 4 de octubre de 2012 (folios 3 y 4).

1.5.2 Copia de la sustentación del dictamen de la pérdida de la capacidad laboral, el cual dice: “Paciente de 28 años, residente en Barrancabermeja, soltero, EPS: Coomeva desde septiembre de 2011 y AFP Protección desde 03/01/2012, vinculado laboralmente en la actualidad desde 28/10/2011 como guarda de seguridad, sin datos de comorbilidades. Tiene

concepto médico de rehabilitación integral (...) concepto no favorable de rehabilitación”
“HISTORIA SOCIOFAMILIAR: Vive en casa de la madre, con sus hermanos y su compañero permanente. Es ayudado por su compañero permanente, Aun recibe subsidio económico por incapacidad temporal.” “DIAGNÓSTICO: VIH-SIDA C3.Síndrome de desgaste y sarcoma de Kaposi – Hipotiroidismo” (folios 5, 6 y 7).

1.5.3 Copia del formulario de dictamen para calificación de pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de fecha 4 de abril de 2014, donde se detallan los cálculos de deficiencia del accionante (folios 8 al 39).

1.5.4 Copia de la solicitud de prestación económica remitida al Fondo de Pensión Protección (folios 40 y 41).

1.5.5 Copia de los distintos conceptos médicos de rehabilitación integral expedidos por la EPS Coomeva, entre los años 2012 y 2013 (folios 42 al 47).

1.5.6 Copia de las certificaciones expedidas por la EPS Coomeva donde consta que se le han transcrito incapacidades desde el 30 de enero de 2013 hasta 14 de septiembre de 2014 acumulando en ese tiempo 580 días (folios 48 y 71).

1.5.7 Copia de las incapacidades otorgadas al señor Marcos, expedidas por la EPS Coomeva (folios 49, 50 y 51).

1.5.8 Copia de las Historias Clínicas del señor Marcos (folios 52 al 60; 62 al 70; 72 al 80; 84 al 105; 117 al 125; 150 al 157).

1.5.9 Copia del escrito del 18 de febrero de 2014, expedido por la EPS Coomeva, y dirigido al señor Marcos, donde remite concepto del Comité Técnico Científico que niega la solicitud de suministro de una fórmula de complemento alimenticio, por cuanto no se encontraba incluido en el POS (folio 61).

1.5.10 Copia de los exámenes de laboratorio realizados por IDIME al señor Marcos, (folios 81, 82 y 83; 131 y 132; 134; 144; 146).

1.5.11 Copia de las órdenes de servicios otorgadas al señor Marcos, expedidas por la EPS Coomeva (folios 106 y 107; 111 y 112; 115).

1.5.12 Copia del informe de citopatología realizado al señor Marcos, por el Laboratorio Especializado de Patología y Citología LESPAT E.A.T. (folio 109).

1.5.13 Copia de las Historias Nutricionales del señor Marcos (folios 126 al 130).

1.5.14 Copia de los exámenes de laboratorio realizados por Diagnóstico y Servicios S.A.S. al señor Marcos (folios 133 al 142; 145).

1.5.15 Copia de la Epicrisis de fecha 13 de noviembre de 2012, del señor Marcos, expedida por La Unidad Clínica La Magdalena (folios 143 y 162).

1.5.16 Copia de los exámenes de laboratorio realizados por la Cruz Roja Colombia al señor Marcos (folios 158 al 160).

1.5.17 Copia de la cédula de ciudadanía del actor (folio 255).

1.6 DECISIONES JUDICIALES

1.6.1 Fallo de primera instancia – Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, mediante providencia del 15 de octubre de 2014, negó las pretensiones reclamadas por el señor Marcos. Sustenta su decisión en que no cumple con las exigencias establecidas por las normas que regulan lo concerniente a la pensión de invalidez de origen común, pues no cuenta con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, indicó que puede recurrir a la devolución de los dineros o ventilar la controversia ante los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral para hacer valer el derecho a la pensión de invalidez.

1.6.2 Impugnación

Dentro de la oportunidad legal prevista, el señor Marcos, impugnó la decisión, argumentando que el fallo proferido en primera instancia desconoce que las normas sobre la pensión de invalidez se diseñaron para beneficiar a la población declarada en situación de

invalidez, por lo que imponer a ese grupo de personas cargas adicionales a las inicialmente establecidas no resulta aceptable. Igualmente dice que está demostrado su porcentaje de discapacidad por lo que se encuentra en debilidad manifiesta al igual que su familia.

1.6.3 Decisión de segunda instancia - Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja

1.6.3.1 Mediante sentencia proferida el 19 de noviembre de 2014, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja confirmó el fallo impugnado, aduciendo que, aunque el accionante se encuentra afectado por el síndrome de VIH-SIDA y en razón a ello es merecedor de especial protección del Estado, no acredita cumplir con las semanas de cotización previas a la fecha de estructuración de la enfermedad, como lo exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es decir, no cuenta con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

1.6.3.2 Señala que si bien, existen situaciones excepcionales como la exposición a un perjuicio irremediable, la viabilidad de la acción está sujeta a que se cumplan los requisitos legales establecidos para acceder a la prestación.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

2.2 PROBLEMA JURÍDICO

En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la pensión de invalidez, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la dignidad humana del accionante, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo como argumento que no cumple el requisito de ley de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Para resolver la cuestión planteada, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas analizará: primero, la especial protección constitucional para las personas que padecen VIH/SIDA;

segundo, la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de pensiones; tercero, la importancia de la pensión de invalidez y la procedencia de la acción de tutela para su reconocimiento; cuarto, la normativa aplicable para el reconocimiento de la pensión de invalidez; quinto, la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez, y; sexto, estudio del caso concreto.

2.3 ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL PARA LAS PERSONAS QUE PADECEN VIH-SIDA

Nuestra Constitución política y, en general, la consolidación de nuestro país como un Estado Social de Derecho se ha fundamentado en pilares esenciales como el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 Superior, y en otros imperativos que la misma Carta le ha impuesto al Estado, como lograr que esa igualdad sea real y efectiva, se creen estrategias para proteger a personas en cierto grado de debilidad, discriminación, marginación y, especialmente, aquellos que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentren en debilidad manifiesta.

Amén de lo anterior, la Corte ha reconocido circunstancias excepcionales en las que se permite el cumplimiento de tales imperativos constitucionales, específicamente “algunos escenarios en los que el deber de protección a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, es axiomático. Así sucede en el caso de las personas enfermas de VIH/SIDA, quienes ven afectada su salud por una gravosa enfermedad que aún no conoce curación y que suele terminar con la vida de quienes la padecen, atacando fatalmente su sistema inmunológico[3]”[4]. Siendo coherente así, con la disposición del artículo 47 de la Carta que impone al Estado el deber de “adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran”[5].

En este sentido, la Corporación ha señalado que “los portadores o portadoras del VIH son sujetos de especial protección constitucional por cuanto su padecimiento causa deterioro progresivo del estado de salud de quien lo soporta. En consecuencia, hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentra. Por ende, es deber del Estado adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados”.[6]

Así, es claro que la jurisprudencia ha reconocido un tratamiento especial en procura de las personas que padecen esa enfermedad teniendo en cuenta su carácter progresivo, en diversos ámbitos de protección: “(i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean”[7](Negritas propias del texto).

De esa forma se concluye, que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la situación de las personas afectadas con el VIH-SIDA es particularmente especial y por tanto, son sujetos de protección constitucional por cuanto su padecimiento causa un deterioro progresivo del estado de salud, y por ende, en la calidad de vida de quien lo padece.

2.4 LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE PENSIONES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA[8]

La Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, puesto que, de un lado, dicho beneficio se otorga a quienes cumplen con los requisitos establecidos en la ley y, de otro, ante el surgimiento de una controversia legal frente a su reconocimiento existen los mecanismos ordinarios para su resolución.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos casos en los cuales se demuestra que, pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos no resultan idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Sobre el tema, esta Corporación ha establecido dos reglas importantes al momento de realizar el estudio de procedibilidad de la acción cuando uno de los beneficiarios es considerado sujeto de especial protección, como las personas con discapacidad. En este

sentido ha establecido que:

“...las pruebas deben permitir establecer dos reglas importantes en el análisis de la procedencia de la acción de tutela. La primera, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuyo derecho está acreditado, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición, lo cual afectaría derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales se demuestre la reunión de las exigencias legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes,[9]pero que requieran la intervención urgente del juez constitucional.

Ahora bien, si de la evaluación que se haga del caso se deduce que la acción es procedente, la misma podrá otorgarse de manera transitoria o definitiva. Será lo primero si la situación genera un perjuicio irremediable, siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción, decisión que tiene efectos temporales[10]. Y procederá cómo (sic) mecanismo definitivo si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente para dirimir la controversia resulta ineficaz al no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida´[11](Negrilla fuera de texto)”[12]

De lo anterior podemos concluir, que en el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos más inherentes al ser humano y del mismo modo determinar que el peticionario cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Esto, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

2.5 IMPORTANCIA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SU RECONOCIMIENTO. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL[13]

El artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y

como una garantía irrenunciable de todas las personas, siendo una de ellas, la seguridad social que está representada en las pensiones por vejez o por invalidez. Esta última tiene por finalidad proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales.[14]

De igual manera, se busca proteger el mínimo vital de la persona y su núcleo familiar, cuando éste depende de los ingresos económicos del afiliado.

Con fundamento en estas consideraciones, esta Corporación, en sentencias como la T-628 de 2008[15], ha señalado el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social por su relación con la garantía de la dignidad humana; dijo al respecto:

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

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

Al respecto, esta misma sentencia en estudio señaló:

“Sobre el particular, de manera reciente[16] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”. De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el

contexto de plena satisfacción de los derechos humanos[17], en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales.”

(...)

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[18] (Subraya fuera de texto)

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

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

De otra parte, en reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que no procede esta acción constitucional para el reconocimiento de derechos prestacionales como los pensionales ya que, para ser beneficiario de dichas prerrogativas, es necesaria la verificación de requisitos legales que deben ser evaluados por otras autoridades y en otros ámbitos administrativos o judiciales, según sea el caso.

Empero, al evidenciarse situaciones en que las vías naturales de estos procesos no resultan ser eficaces ni oportunas para proteger de manera real los derechos fundamentales de personas que, como en el caso en estudio, pretenden un reconocimiento pensional, esta

Corporación ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela, como instrumento idóneo para el amparo de dichos derechos que pueden estar siendo vulnerados por las administradoras de los fondos de pensiones.

Aunado a esto, y respecto de la pensión de invalidez, se ha reiterado también su importancia en tanto es aquel mecanismo generado para cubrir las contingencias ocasionadas por alguna pérdida de capacidad laboral de los afiliados al sistema general de pensiones, que en casos generalizados, puede llegar a convertirse en la única fuente de ingresos de quienes resultan afectados por la imposibilidad de seguir vinculados al mercado laboral y lograr obtener otros recursos económicos por su propia fuerza y así lograr una mejor calidad de vida.

En la sentencia T-290 del 2005[19] la Corporación advirtió el carácter de derecho fundamental del reconocimiento de la pensión de invalidez así:

“En efecto, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez como elemento constituyente del derecho a la seguridad social es susceptible de amparo por medio de la acción de tutela cuando su desconocimiento ponga en peligro derechos que tengan el carácter de fundamentales. Así mismo, adquiere el rango de fundamental cuando se comprometa la efectividad del ‘derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez’. Lo anterior, debido a que por medio de dicha acreencia laboral se obtiene prestaciones económicas y en salud esenciales e irrenunciables (artículo 48 C.P) que tienen por finalidad compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de capacidad laboral.”

En la Sentencia T-1040 del 2008[20], se resolvió un caso similar y se confirmó la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez:

“Si bien el juez de tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados cuando pese a estar plenamente demostrado, la entidad niega el reconocimiento del derecho. Además, téngase en cuenta que en tratándose de la pensión de invalidez, ha dicho esta corporación que, igualmente, la acción de tutela es procedente en el evento en que, en casos concretos, las personas se vieren afectadas por un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas que no les permite acceder a dicha prestación, y sin embargo, cumplen a cabalidad los requisitos establecidos en la ley anterior, al considerarse

que las medidas resultan desproporcionadas o ilegítimas. Asimismo, se advierte que la pensión de invalidez tiene una gran relevancia social, toda vez que garantiza a los asociados, que padecen de limitaciones significativas que menguan su capacidad para laborar, el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades básicas.”

La posición anterior se confirmó en la Sentencia T-138 del 2012[21] en la que se expuso:

“Ahora bien, desde la perspectiva de cuál es prima facie la acción jurídica de reclamo, la pensión de invalidez se presenta, -se insiste- prima facie, como un derecho de origen legal que busca una compensación de carácter económico por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, por lo cual en principio corresponde al juez laboral analizar su procedencia. Pero, adquiere relevancia constitucional para ser debatido en sede de tutela, entre otros casos, 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.”

De tal manera que, si quien invoca el reconocimiento de la pensión de invalidez es una persona en circunstancias de debilidad manifiesta como sería padecer de VIH, que por la gravedad de la enfermedad y decaimiento progresivo, es considerada sujeto de especial protección constitucional, la acción de tutela resulta procedente.

2.6 NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

2.6.1 A través del tiempo, en nuestro país, se han expedido diferentes normas que regulan el tema de la pensión de invalidez, por lo que se mostrará un panorama de la normativa que existe y ha existido, para luego, llegar a determinar cual es la pertinente y aplicable para el caso en concreto.

El artículo 6. del Decreto 758 de 1990 señalaba:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

2.6.1.2 Con la expedición de la Ley 100 de 1993[22], que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, se creó el sistema de seguridad social integral, compuesto por los regímenes de salud, pensiones y riesgos profesionales, cuyas normas han sufrido modificaciones de distintas modalidades, especialmente de regulación en materia de cotizaciones para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Dentro del sistema general de seguridad social se encuentra el de la pensión de invalidez, que como lo ha señalado esta Corporación[23]

“...guarda un estrecho vínculo con los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de las personas que han visto mermada su capacidad laboral en los porcentajes legalmente establecidos. De igual manera, guarda estrecha relación con los principios de igualdad y de solidaridad por cuanto, como regla general, en estos casos le es imposible a los afiliados acceder por sus propios medios y en forma autónoma a una fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas.”

Esta, puede generarse por enfermedades o accidentes de riesgo común o de origen profesional. Según el artículo 38 del régimen de seguridad social, “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Este es el presupuesto fundamental de la prestación, toda vez que la calidad de inválido explica el hecho de que no se pueda continuar laborando y por ende justifica el reconocimiento de una suma de dinero que garantice la subsistencia de la persona.

Pero para acceder a lo anterior, la norma exige unos requisitos específicos establecidos en el artículo 30 de la citada ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que dice así:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

(...)

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

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

De conformidad con las normas transcritas, tienen derecho a la pensión de invalidez las personas que por cualquier circunstancia, diferentes a accidentes de trabajo o acciones voluntarias que configuren un estado de invalidez, hayan sufrido una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y cumplan los requisitos para acceder a ella.

Para que esta especial condición tenga relevancia constitucional, se hace necesario que se valoren elementos tales como el principio de igualdad y solidaridad, de la vida digna y el mínimo vital para que el juez constitucional se pronuncie sobre las disposiciones legales que rigen el derecho a la seguridad social -pensión de invalidez-, sobre todo buscando que sean interpretadas conforme a la Constitución.[24]

Igualmente, se debe precisar que en un “... Estado Social de Derecho el principio de igualdad también implica que los poderes públicos investidos con capacidad de expedir normas que atiendan a las diversas situaciones con un criterio de racionalidad y proporcionalidad, en donde las diferencias existentes encuentren una justificación legítima y suficiente a las distintas consecuencias jurídicas que de ellas se deriven.”[25]

Así por ejemplo es constitucional el establecimiento de unos requisitos especiales para las personas jóvenes por cuanto la corta permanencia en el sistema impediría que tuvieran acceso a cualquier prestación.

En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que tratándose del derecho al mínimo vital de las personas merecedoras de especial protección, éste es consecuencia directa del principio de dignidad humana, derecho que hace parte de la organización política, social y económica justa, que fue acogida como meta por el Constituyente primario bajo el principio de progresividad.[26].

2.1.1 PROTECCIÓN ESPECIAL A LA JUVENTUD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Esta Corporación, ha tenido la oportunidad de determinar el alcance del artículo 30 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que consagró en el parágrafo 1º los requisitos especiales para acceder a la pensión de invalidez a los menores de 20 años. En efecto, en sentencia T- 777 de 2009[27] se estudió el caso de una persona de 23 años que quedó en estado de discapacidad a raíz de un grave accidente que la dejó física y psicológicamente impedida para realizar cualquier actividad que le permita derivar su sustento. El ISS, le negó la pensión de invalidez por no cumplir con los requisitos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por cuanto no tenía ni las semanas requeridas ni era menor de 20 años y por tanto no se le aplicó el parágrafo de la norma citada.

En esa oportunidad, la Corte amparó el derecho y ordenó al ISS, para que se le reconociera la pensión de invalidez. Para el efecto precisó dos conceptos en la aplicación del parágrafo: (i) lo que debe entenderse como persona joven y (ii) cuáles son las semanas cotizadas que deben ser tenidas en cuenta para efecto del reconocimiento.

En relación con el primero, la Corte en dicha sentencia inaplicó la edad de 20 años exigidas por la norma, al considerar que los tratados internacionales sobre el concepto de juventud eran más amplios, teniendo en cuenta además que estos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dijo la Corporación:

“-Según la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, los jóvenes son aquellas personas que se encuentran entre los 15 y 24 años de edad, aunque para muchos la definición de juventud no se limita a la edad, sino que es un proceso relacionado con el período de educación en la vida de las personas y su ingreso al mundo del trabajo (subraya y negrilla la Sala).´[28]

- Para la Organización Mundial de la Salud -OMS-, a este grupo pertenecen las personas entre los 10 y los 24 años de edad y corresponde con la consolidación de su rol social.”

La citada sentencia agregó además, que en nuestro ordenamiento interno, la Constitución Política lo consagra en su artículo 45, así:

“ARTICULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”

Igualmente señaló, que la Ley 375 de 1997 o “Ley de la Juventud” (Art. 3°), lo define “se entiende por joven la persona entre los 14 y 26 años de edad”.

Sobre el tema, la exposición de motivos de la Ley 375 de 1997, señaló que:

“El día 4 de julio de 1997, fue sancionada la Ley 375 o Ley de la Juventud. Ella desarrolla el artículo 45 de la Constitución de 1991, que reconoce a la juventud como una población específica, con derechos y deberes, pero, sobre todo, como un sujeto activo con capacidad de participar en los diferentes escenarios donde se decide sobre su futuro.

En sintonía con lo anterior, la ley pretende ser un marco de referencia para:

“promover la formación integral del joven que contribuya a su desarrollo físico, psicológico, social y espiritual; a su vinculación y participación activa en la vida nacional, en lo social, lo económico y lo político como joven y ciudadano”.

“Además establece un marco definitorio sobre qué entiende el Estado colombiano por juventud (“se entiende por joven la persona entre 14 y 26 años de edad”), señala prioridades y determina hacia dónde deben dirigirse las acciones de las instituciones públicas, la sociedad civil y los propios jóvenes sobre esta población.”

Al respecto, la citada sentencia T-777 de 2009 manifestó:

“Sin embargo, existe un reparo que advierte la Sala, cual es que el parágrafo del artículo en mención estableció el requisito de cotización de las 26 semanas en el año inmediatamente

anterior al hecho causante de la invalidez o de su declaratoria, sólo para las personas menores de 20 años. En este caso cabe precisar que se está frente a un déficit de protección de la población joven de Colombia, pues como ya se anotó las disposiciones internacionales, la Constitución y la legislación nacional han definido este segmento poblacional como aquel que está comprendido entre los 10 y los 26 años.

Después de examinar las gacetas del Congreso y de indagar por la exposición de motivos que llevó al Legislador a tomar como referencia la edad de 20 años y no la de 25 por ejemplo, como si lo hiciera en la prolongación del beneficio de la pensión de sobrevivientes, repara la Sala que no existe una argumentación razonable que permita excluir de este beneficio a una persona de 23 años que se encuentra en simétrica situación fáctica que una persona de 20 años.

Dicha edad (20 años) no se ve motivada en las gacetas números 508 y 533 que datan de los días viernes 15 y 22 de noviembre del año 2002. Tampoco está motivada en las gacetas números 44, 51 y 60 de los días 5,7 y 18 de febrero respectivamente, todas ellas del año 2003; así como tampoco en la gaceta del 15 de abril de este mismo año, en las cuales se expusieron los motivos de la ley 797 por medio de la cual se reformaban algunas disposiciones en el sistema General de Pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 y se adoptaban otras disposiciones y que a su vez fue declarada inexecutable en algunos de sus apartes por esta Corporación mediante Sentencia C-1053 de 2003. De igual manera tampoco se motivó en la gaceta número 690 del 18 de diciembre de 2003 donde se aprobó el texto definitivo de la Ley 860 del mismo año, que reemplazó los artículos 11 y siguientes de la ley 797 de 2003 declarados inexecutables por esta Corporación mediante la sentencia antes citada.

Por tanto, considera la Sala que este beneficio atribuido a los jóvenes menores de 20 años puede predicarse in extenso a aquellas personas que como la accionante se encuentre en idénticas situaciones fácticas que una joven que apenas comienza su vida laboral a los 23 años, esto en razón de haber estado dedicada exclusivamente a las labores académicas. En efecto (según certificado de la Universidad Nacional de Colombia la señorita Suárez Rodríguez estaba ad portas para graduarse como Economista el 14 de Septiembre de 2007; es decir, una semana después del accidente.) [29]

Ante la ausencia de una motivación clara y expresa por parte del legislador, tanto en la Ley 797 de 2003 (Artículo 11) como en la Ley 860 de ese mismo año (artículo 1º), del porqué se estipuló la edad mínima de 20 años en el párrafo mencionado y se excluyó a jóvenes menores de 25, que ha sido la edad hasta la cual otras leyes que regulan la materia en el campo pensional han querido dar protección especial a las personas que se dedican a estudiar exclusivamente, esta Sala no encuentra una razón suficiente para tal exclusión.”

Posteriormente, se expidió la Ley Estatutaria 1622 de 2013[30], que definió en su artículo 5º a la persona joven como “Toda persona entre 14 y 28 años cumplidos en proceso de consolidación de su autonomía intelectual, física, moral, económica, social y cultural que hace parte de una comunidad política y en ese sentido ejerce su ciudadanía.”

En otra oportunidad, la Corte en sentencia C-020 de 2015, estudió la constitucionalidad del párrafo 1º del artículo 1º, de la Ley 860 de 2003[31], y en cuanto a la variabilidad de la noción de juventud, señaló:

“...la jurisprudencia de la Corte ha reconocido -justamente en la sentencia C-862 de 2012- que el significado de términos como joven o juvenil puede cambiar normativamente, si bien dentro de ciertos límites, según el campo jurídico del cual se trate, y por eso afirmó expresamente que “la definición de joven varía según el objeto de la regulación que la incluya”. Una prueba de que esto no sólo es aceptable internamente, sino que incluso es una práctica global más extendida, es la definición de juventud que ofrecen distintas instancias internacionales de derechos humanos. En la Organización de Naciones Unidas (ONU), la tendencia predominante es hacia ubicar la juventud -fundamentalmente para efectos estadísticos- entre los 15 y los 24 años de edad, como lo ha previsto la Asamblea General de la Organización en diversas ocasiones.[32] No obstante, en este organismo hay instancias, entidades, instrumentos y programas que acogen estipulaciones diferentes. La Organización Mundial para la Salud, por ejemplo, considera que la juventud se extiende desde los 10 hasta los 24 años, en un marco de investigaciones y de fijaciones de estándares relacionados con la salud.[33] La ONU Habitat considera como joven a la población entre 15 y 32 años de edad, y la Carta Africana de la Juventud concibe como jóvenes a quienes tienen entre 15 y 34 años de edad.[34]”

En esa providencia, este Tribunal concluyó que:

“...para remediar el déficit de protección, la Corte declarará exequible la norma acusada, con la condición de que se extienda lo allí previsto en materia de pensiones de invalidez hacia toda la población joven, definida esta última razonablemente conforme lo señalado en esta sentencia, y en la medida en que resulte más favorable al afiliado. En los casos concretos, sin embargo, mientras la jurisprudencia constitucional no evolucione a la luz del principio de progresividad, la regla especial prevista en el parágrafo 1º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 debe extenderse favorablemente, conforme lo ha señalado hasta el momento la jurisprudencia consistente de las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional; es decir, se debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive.” (negrilla fuera del texto).

De la transcripción anterior, es claro que tanto el legislador como esta Corporación han querido beneficiar a la población joven, que en principio, se encuentre dentro del rango descrito, atendiendo lo establecido por los organismos internacionales. En ese sentido, la Corte ha concedido la pensión especial de invalidez para las personas jóvenes incluyendo no solo aquellos menores de 20 años, sino también a los que han cumplido los 28 años de edad.

2.7 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL. REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

2.7.1 La Constitución Política[35] ha desarrollado un amplio soporte legal, que señala los mecanismos para garantizar la protección del derecho a la seguridad social. De esa forma, el artículo 48 Superior, establece que la prestación de la seguridad social se soporta en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad, haciendo especial énfasis en este último, en el sentido que “responde a los compromisos que en el ámbito del derecho internacional adquirió el Estado colombiano, al suscribir convenciones como la de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -“Protocolo de San Salvador”-, impidiendo que estos derechos tengan un desarrollo regresivo respecto de los niveles de protección alcanzados en el marco de normatividades anteriores”.[36]

2.7.2 Con relación al principio de progresividad, la jurisprudencia de esta Corporación[37]

ha reconocido que la integración del mismo en materia de seguridad social, responde a los parámetros establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que indicó lo siguiente:

“i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudir a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Corte[38] ha referido iv) a la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad” (Negrilla en el texto original).

2.7.3 En ese contexto se infiere, que cualquier regulación normativa que no ofrezca a una mayor población de personas los beneficios de protección a los derechos que integran la seguridad social, se entenderá contraria a la Constitución, para lo cual, se considerará que también se está desconociendo otro de los principios fundamentales de la seguridad social, como es el de la universalidad, éste se entiende, “como la posibilidad de que contenidos mínimos de esos derechos prestacionales deban garantizarse en igualdad de posibilidades a un número cada vez mayor de personas”[39].

De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, manifestó lo siguiente:

“las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No. 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del

máximo de los recursos de que se disponga [40]. Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas”, y por ello “si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.[41]”

Sobre el tema, la jurisprudencia de ésta Corporación ha establecido que no toda regulación más estricta en la forma de satisfacer un derecho social significa que se esté dando marcha atrás en ese aspecto. En la sentencia T-043 de 2007[42], la Corte aclaró, que cuando las medidas de cara a la antigua legislación implican un retroceso en su ámbito de protección, éstas son constitucionalmente problemáticas toda vez que contradicen el principio de progresividad.

En ella expuso lo siguiente:

“[...] la Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afectan meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas”.

2.7.4 Igualmente, la Corte Constitucional[43] ha enfatizado, respecto del principio de progresividad, que es procedente aplicar el régimen pensional anterior que resulte más favorable, dejando de aplicar la normativa legal que se encuentre vigente al momento de la estructuración de la invalidez. En efecto, en sentencia T-628 de 2007[44] sostuvo:

“Cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.

Así mismo, la sentencia T-509 de 2010[45], indicó que se debe tener en cuenta el carácter progresivo de los derechos sociales, en especial cuando se trate de personas en condición de especial protección como son los enfermos de VIH-SIDA. En ella dijo:

“El juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la enfermedad, y la fecha de su calificación, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales, y la aplicación del principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe aplicarse al caso concreto, además de que la persona pudo estar laborando y por lo mismo contribuyendo al sistema, aún después de estructurada su invalidez.”

2.7.5 De manera que, la jurisprudencia relacionada permite afirmar que la Corte Constitucional[46] ha tenido en cuenta el carácter progresivo de los derechos sociales, al resolver casos en los cuales se evidencia la vulneración del derecho a la seguridad social de personas que gozan de protección constitucional por su condición de discapacidad,

aplicando las previsiones normativas más beneficiosas que les permiten acceder a la pensión de invalidez.

2.8 FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ

2.8.1 Para acceder a una pensión de invalidez en cualquier régimen, es necesario tener una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, la cual puede ser producto de una enfermedad o un accidente de origen común, que afecte la capacidad productiva.

Esa afectación en la capacidad laboral puede ser de manera inmediata, caso en el cual coincidiría con la fecha de estructuración de la invalidez, hecho que no permitiría dudas o generaría algún problema de relevancia constitucional. No obstante, la afectación en la capacidad laboral puede darse de manera progresiva y generar una diferencia temporal entre la total incapacidad para seguir laborando y la fecha en que comenzó la enfermedad o presentó su primer síntoma, o la fecha en que ocurrió el accidente, respectivamente.

Lo anterior ocurre generalmente, cuando se está frente a enfermedades crónicas, de padecimientos de larga duración, o que su fin o cura no se pueden determinar con exactitud, que son enfermedades congénitas o degenerativas, porque se manifiestan desde el nacimiento y la pérdida de capacidad se hace permanente en el tiempo y de manera paulatina.

Frente a estos eventos, las Juntas de Calificación de Invalidez, que son el órgano encargado de determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, establecen como fecha de estructuración de la invalidez, aquella en la que se presentó el primer síntoma o, cuando según la historia clínica, se diagnosticó la enfermedad, aún cuando todavía no había evidencia de una pérdida de capacidad permanente y definitiva[47] igual o mayor al 50%, como lo indica el Decreto 917 de 1999[48].

2.8.2 Esta situación, a juicio de la Corte Constitucional[49], genera una violación de los derechos de las personas en situación de invalidez que solicitan su pensión para mitigar su situación, pues desconoce que en algunos casos, la pérdida de capacidad es paulatina y no inmediata, por lo que es posible que la persona siga laborando y aportando al sistema, además de que no se tienen en cuenta las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración dictaminada por la Junta, para efectos de reconocer la pensión de invalidez lo

que además puede llegar a configurar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de pensiones al “benefici[arce] de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.”[50]

2.8.3 En este contexto, en palabras de la Corte, el tratamiento jurídico que se debe tener frente a este tipo de padecimientos, es diferente a la generalidad. Así por ejemplo, en la Sentencia T-710 de 2009[51], en la que se estudió el caso de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral del 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002, a quien le fue negada la pensión de invalidez bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez, la Sala estimó que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social hasta completar las semanas mínimas de cotización requeridas, exigidas por la Ley 860 de 2003, en consecuencia, ordenó el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas por el accionante, hasta el momento en que hizo su solicitud pensional.

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

De igual manera, en la Sentencia T-163 de 2011[52], al estudiarse el caso de una señora que padecía diabetes mellitus e insuficiencia renal crónica terminal, quien fue calificada el 30 de diciembre de 2009 con pérdida de capacidad laboral del 71.91%, de origen común y fecha de estructuración el 22 de noviembre de 2008, la Corte Constitucional señaló:

“4.2. Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.[53] Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

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

Igualmente, en la Sentencia T-420 de 2011[54], se estudió el caso de una señora que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 1 de noviembre de 2001 y cotizó hasta el 4 de julio de 2007, lo cual sumó un total de 286 semanas cotizadas, pero, el 30 de junio de 2005, la Junta Regional de Calificación de Invalidez valoró su capacidad laboral donde se llegó a la conclusión de que la señora padecía de “falla renal crónica secundaria a glomerulonefritis rápidamente progresiva”, cuyo origen era una enfermedad común, estableciéndose una pérdida de la capacidad laboral del 67.5% con fecha de estructuración de la invalidez a partir del 10 de abril de 1987, e indicó que “requiere de otra persona para el desarrollo de sus actividades cotidianas”. En esta oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional reiteró que:

“Con relación a la regla aplicable a quienes sufren una enfermedad degenerativa, crónica o congénita acerca del reconocimiento de la pensión de invalidez, es oportuno señalar que la fecha de estructuración de invalidez, en este tipo de casos, ha de indicar el momento en el cual la pérdida de la capacidad laboral es definitiva y permanente. Dos circunstancias permiten inferir que la fecha de estructuración de la invalidez indicada por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá no acredita tales características. En primer lugar, el hecho de que hubieran transcurrido 18 años desde la presunta fecha de estructuración de la invalidez y la solicitud de la pensión, aunado a que la señora (...) cotizó 286 semanas desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 4 de julio de 2007, lo cual denota que siguió trabajando y desarrollando su actividad profesional, que fue de auxiliar de odontología, hasta que tuvo las condiciones de salud que se lo permitían.”

De esa forma, la Sala de revisión, en esa oportunidad decidió, conforme lo explicado anteriormente, que “la fecha que esta Sala ha de acoger para determinar la estructuración definitiva y permanente es cuando ha cesado de cotizar al sistema de seguridad social, específicamente, al subsistema de pensiones pues de ahí se colige su capacidad de trabajar. En efecto, esta es la fecha correcta en razón de que en dicho instante ha dejado de tener un trabajo estable y remunerado, pues las condiciones de salud le imposibilitaron seguir desarrollándolo a plenitud. En consecuencia, esta Sala de Revisión adoptará el 4 de julio de 2007 como el momento a partir del cual cesó su actividad laboral, pues a partir de esa fecha cesó la cotización al sistema de seguridad social en materia pensional.” Y concluyó, que la accionante cumplía los requisitos suficientes para acceder a la pensión de invalidez.

2.8.4 En ese orden de ideas, ésta Sala concluye que cuando se está frente al trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la fecha de diagnóstico o del primer síntoma, es diferente de aquella en que se perdió efectiva y totalmente la capacidad laboral, es decir, cuando no pudo aportar más al sistema general de pensiones porque le fue imposible seguir laborando, se deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez, el día en que esa persona perdió de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, calificada con un porcentaje igual o mayor al 50%, y es a partir de ese momento que se debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable en el caso concreto.

Para resolver el caso bajo estudio, la Sala analizará, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales del tutelante y luego examinará la presunta vulneración de los mismos.

3.1. EXAMEN DE PROCEDENCIA

3.1.1. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En el caso examinado se observa que el señor Marcos, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital.

Por lo anterior, la Sala encuentra que en virtud de la normativa mencionada, al ser el directamente afectado en sus derechos fundamentales, se encuentra legitimado para iniciar la acción.

3.1.2. Legitimación por pasiva

En el presente caso se tiene que el actor demandó, en primer lugar al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. por negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo como argumento el incumplimiento del requisito establecido en la ley de haber cotizado al menos 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Y en segundo lugar, a la EPS Coomeva por haberle suspendido los servicios médicos y las prórrogas de las incapacidades, alegando la revisión nuevamente de la documentación contenida en su historia clínica por cambio del médico tratante.

Respecto a ésta última entidad, y de conformidad con lo manifestado por el accionante en su declaración el 6 de octubre de 2014, la EPS Coomeva se encuentra prestando los servicios de salud y las incapacidades requeridas por el actor, por lo tanto estas necesidades se encuentran satisfechas por parte de la accionada.

Ahora bien, lo relacionado con la responsabilidad en el manejo de solicitud de pensión al Fondo de Pensiones Protección S.A., es a todas luces acertado, pues dicha entidad es la encargada de resolver la situación pensional del actor por ser la receptora de los dineros aportados a pensión obligatoria hechos por el señor Marcos y la presunta vulneradora de los derechos fundamentales invocados, por lo cual dicha entidad se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

3.1.3. Examen de inmediatez

Al verificar el requisito de inmediatez en el caso bajo examen, se tiene que se encuentra superado pues, a pesar de que el accionante solicitó la pensión de invalidez desde el 22 de mayo de 2013, solo hasta el 13 de marzo de 2014 le fue autorizada la evaluación del dictamen sobre el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, cuyo resultado fue expedido por la ARL Sura el 4 de abril de 2014, y notificado al actor, el 16 de junio de 2014, por el Fondo de Pensiones Protección S.A., como consta a folios 3 al 11 del expediente.

La acción de tutela fue presentada y radicada el 6 de octubre de 2014, por lo tanto, el término transcurrido entre los hechos y la presentación de la acción es razonable, y evidencia que la trasgresión era actual en el momento en que se hizo uso de la tutela para el amparo de los derechos, además de tratarse de reconocimiento de derechos pensionales, cuyo no reconocimiento se convierte en una vulneración constante y permanente en el tiempo.

3.1.4. Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad

A pesar de que la acción de tutela no fue establecida para garantizar y acceder a derechos que tienen que ver con prestaciones económicas, es claro también, como se esbozó en la parte considerativa de esta providencia, que al tratarse de una persona que padece una enfermedad catastrófica, de carácter progresivo y degenerativo como lo es el VIH-SIDA, es necesario un tratamiento especial haciéndose merecedor de una protección constitucional

reforzada[55].

Ahora bien, excepcionalmente cuando la pensión adquiere relevancia constitucional por estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio de esta acción, por lo general, para evitar un perjuicio irremediable.

Así las cosas, teniendo en cuenta: (i) que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto es ésta una enfermedad que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran y; (ii) que la pensión de invalidez, como expresión del derecho a la seguridad social, persigue “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud”[56], esta Corporación ha considerado que dicha prestación puede ser exigida por vía de tutela.

Aunado a lo anterior, al actor, por sufrir dicho síndrome, se le calificó con un 62.05% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración el 4 de octubre de 2012, lo que conlleva a una imposibilidad de continuar en el mercado laboral y lo ubica en otro grupo poblacional en situación de indefensión como lo son las personas en situación de discapacidad, que también cuentan con una especial protección constitucional.

Igualmente, se tiene que el accionante debido a su enfermedad y padecimiento propios de su diagnóstico, ya no le es posible continuar laborando dependiente o independientemente, por lo cual, la pensión de invalidez solicitada constituye el único ingreso que puede percibir para el sustento de él y de su familia, es decir, el no reconocimiento de dicha prestación configura una vulneración directa al mínimo vital del petente, lo que causa un perjuicio irremediable que justifica la intervención del juez constitucional.

Es claro para la Sala, entonces, que la acción de tutela procede en este caso, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos invocados por el actor teniendo en cuenta que debe recibir una especial protección constitucional, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

3.2. ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.2.1 En el caso bajo estudio, está probado que al actor se le diagnosticó VIH-SIDA, según consta en la historia clínica aportada al expediente, enfermedad que ha conllevado varios padecimientos, entre otros, “...Síndrome de desgaste y sarcoma de Kaposi (...) – hipotiroidismo”. Por su enfermedad, su invalidez fue calificada con 62.05% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 4 de octubre de 2012, de lo que se colige que el accionante está gravemente enfermo y presenta un grado de incapacidad permanente y definitiva.

Está probado también en sede de revisión que el actor estuvo afiliado y cotizó al Fondo de Pensiones Protección S.A., desde el 3 de enero de 2012 como Trabajador de la Empresa Estatal de Seguridad, tiempo en el cual cotizó un total de 48.76 semanas; igualmente se verificó que el actor está afiliado a la EPS Coomeva, desde el 29 de noviembre de 2011, donde actualmente se encuentra activo y recibiendo efectivamente los servicios de salud.

El Fondo accionado, según refiere en su escrito de descargos[57], negó el reconocimiento de pensión de invalidez, por cuanto el petente no cumplía el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, toda vez que solo cotizó 48.76 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, lo cual no permite el reconocimiento de dicha prestación. En el citado documento señaló que: “Analizados los demás requisitos exigidos para acceder a la pensión, establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003[58], se observó que “no cumple con los mencionados requisitos, pues tan solo cotizó 48.76 semanas en ese período de tiempo”.”

El accionante no interpuso recurso alguno contra la determinación del Fondo de Pensiones, debido a su estado de salud y la ausencia de recursos económicos para suplir sus necesidades básicas y los gastos adicionales que acarrearán este tipo de padecimientos, por lo tanto, interpuso la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de sus derechos.

Por su parte, los jueces de instancia negaron el amparo solicitado, reiterando el incumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, indicando que puede recurrir a la devolución de los dineros o ventilar la controversia ante la jurisdicción ordinaria laboral.

3.2.2 Encuentra la Sala de Revisión, que la situación del accionante en el caso que nos ocupa, afectado en su salud por una enfermedad severa y crónica, de pronóstico reservado, como el VIH-SIDA, además de padecer “...Síndrome de desgaste y sarcoma de Kaposi (...) – hipotiroidismo” lo hace merecedor de una protección constitucional reforzada y en consecuencia del derecho a obtener el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, en forma directa a través del medio constitucional de la tutela, como lo hará esta Sala en la parte final de este proveído, con el fin de evitar el perjuicio irremediable a que se encuentra expuesto.

3.2.3 Ahora bien, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez se encuentran consagrados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, regulación que es aplicable al actor. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea 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.”

Como ya se señaló en acápites anteriores, esta Corporación en algunos casos excepcionales ha procedido a garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez inaplicando disposiciones del ordenamiento legal vigente bajo los cuales se estructuró la pensión de invalidez, cuando ha verificado, como en el caso concreto, la violación de derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, por la existencia de medidas regresivas que imponen requisitos más exigentes a los previstos bajo el régimen legal pensional anterior y bajo esas circunstancias, ha dispuesto su aplicación.

Ahora bien, observa la Sala que el juez de instancia, al analizar la procedencia o no del derecho a la pensión de invalidez, realizó una valoración formal sobre los requisitos que exigía la norma para alcanzar dicha prestación, y no valoró los principios constitucionales y los derechos fundamentales que le asisten al joven, y que resultan importantes, en consideración a las particularidades del mismo. A juicio de esta Sala de Revisión, se debieron valorar entre otras cosas, que el accionante presenta una situación precaria en su salud, tanto física como psicológica, por el deterioro en su capacidad laboral reducida a un punto que necesariamente deviene en la imposibilidad de realizar cualquier actividad que le

permita su sustento económico.

Igualmente, debió tener en cuenta la afectación a la integridad del titular y su falta de capacidad de proveerse los bienes materiales mínimos para sobrellevar una vida digna, es realmente lamentable, más cuando se trata de una persona joven que al momento de la estructuración de la capacidad laboral, en octubre de 2012, contaba apenas con 27 años, y comenzaba su vida laboral.

En el caso concreto, con la expedición de la Ley 1622 de 2013, que definió a la persona joven entre los 14 y 28 años de edad, para la Sala es procedente extender favorablemente y a luz del principio de progresividad, la regla especial prevista en el parágrafo 1º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, es decir, se debe aplicar a la población que tenga hasta 28 años de edad, inclusive.

3.2.4 De esa forma, se observa que en el estudio del caso particular del actor, tanto el Fondo de Pensiones Protección S.A. como por el juez constitucional, no tuvieron en cuenta que dentro del expediente se aportaron copias, según el reporte de la entidad accionada de las semanas cotizadas en forma ininterrumpidas al sistema de seguridad social dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, que corresponden a un total de 48.76 entre el 29 de octubre de 2011 a octubre de 2012.

3.2.5 Con base en las consideraciones del caso concreto y del análisis de los principios constitucionales, se puede afirmar que el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 860 de 2003, preceptúa condiciones más favorables para que la población joven pueda acceder al derecho de la pensión de invalidez, situación que se convierte en un acierto del legislador el cual estableció el requisito de cotización de las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez o de su declaratoria. En el presente caso, la declaratoria del estado de pérdida de la capacidad laboral fue expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el día 4 de octubre de 2012, es decir, para esa fecha según las pruebas que se aportan al proceso, el actor contaba con más de 26 semanas cotizadas al sistema.

Vistos los argumentos anteriores, la Sala considera procedente en el presente caso, extender la aplicación del parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 860 de 2003, de conformidad con la definición que señala la Ley 1622 de 2013, sobre la persona joven entre

los 14 y 28 años de edad, con el fin de materializar la protección real y efectiva del derecho a la seguridad social del accionante contenido en el artículo 48 superior, quien se encuentra en situación de invalidez y vulnerabilidad.

Por lo anterior, esta Corporación dará eficacia directa a la Constitución en lo concerniente a los artículos 1° (Estado Social de derecho), 2° (fines esenciales del Estado), 13 (igualdad), 45 (derechos de los jóvenes y adolescentes), 48 (derecho a la seguridad social) y 53 (derecho al mínimo vital), y dadas las circunstancias especiales del presente caso, interpretará el artículo 1°, parágrafo 1°, de la Ley 860 de 2003 de manera amplia y favorable, comprendiendo dentro de los beneficiarios de la citada norma al joven Marcos, lo que le hace merecedor de la pensión de invalidez.

No obstante, teniendo en cuenta lo reiterado por la Corte Constitucional, frente al tema de un tratamiento jurídico diferente en los casos de personas que sufren enfermedades de tipo congénito, degenerativo o crónico, como el VIH-SIDA, esta Sala amparará el derecho a la pensión de invalidez del señor Marcos en virtud del principio de favorabilidad, aplicando el régimen más beneficioso de acuerdo con sus circunstancias concretas a fin de evitar la inminencia de un perjuicio irremediable en un sujeto de especial protección en los términos del inciso 3° del artículo 13 de la Constitución Política, y teniendo en cuenta que la subsistencia del accionante depende del reconocimiento de la pensión de invalidez.

Con base en estas consideraciones, queda demostrado que el señor Marcos, cumple con el requisito al haber cotizado 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez, toda vez que cotizó un total de 48.76 semanas entre el 29 de octubre de 2011 a octubre de 2012, razón por la cual, la falta de reconocimiento de la pensión solicitada resulta injustificada y constituye una violación a su derecho fundamental a la seguridad social por parte del Fondo de Pensiones Protección S.A.

4. CONCLUSIÓN

4.1 La Corte Constitucional ha manifestado, en el caso de la pensión de invalidez que ésta “adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así

como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”[60] (Negrilla fuera de texto).

Igualmente 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 trasiego 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[61].

4.2 Ahora bien, en el caso de la protección de los derechos fundamentales de las personas portadoras de VIH – SIDA, este Tribunal ha sostenido, que dadas las complejas y catastróficas consecuencias que comporta el Virus de Inmunodeficiencia Humana, afectando la vida y la dignidad de quien la padece, también se observa el compromiso de otros derechos fundamentales. Por ello, en vista de las especiales circunstancias que rodean a esta personas, la Corte Constitucional ha encontrado argumentos suficientes para desarrollar en abundante jurisprudencia, la protección constitucional de los derechos fundamentales de las personas portadoras de esta enfermedad.[62]

4.3 Para concluir, en eventos como el descrito en precedencia, el juez debe evaluar, no solo los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la enfermedad, y la fecha de su calificación, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales.

4.4 En esta oportunidad, el señor Marcos, hace parte de la población con especial protección constitucional al padecer el síndrome de VIH-SIDA. Por este motivo, al analizar la solicitud de pensión por él elevada, el Fondo de Pensiones Protección S.A. ha debido tener en cuenta las condiciones particulares del actor y en aras de garantizar la protección de sus derechos, aplicar la norma que le permitiera acceder a la prestación solicitada.

4.5 En atención a lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de tutelas revocará la

sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja, el 19 de noviembre de 2014, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, el 15 de octubre de 2014, que negó los derechos fundamentales, en el trámite de la acción de tutela incoada por el señor Marcos contra el Fondo de Pensiones Protección S.A. y la EPS Coomeva.

En su lugar, protegerá los derechos fundamentales invocados por el accionante. Razón por la cual, se ordenará al Fondo de Pensiones Protección S.A. que proceda, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, a reconocer y pagar la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor Marcos, que en ningún caso podrá ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, con todos los efectos legales que rigen la citada prestación, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

Así mismo, reconocer la pensión de invalidez en forma retroactiva a partir del momento en que la misma fue solicitada por el actor, es decir, del 22 de mayo de 2013.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja, el 19 de noviembre de 2014, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Barrancabermeja, el 15 de octubre de 2014, que negó los derechos fundamentales, en el trámite de la acción de tutela incoada por el señor Marcos contra el Fondo de Pensiones Protección S.A. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital invocados por el solicitante, por las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia ORDENAR al Fondo de Pensiones Protección S.A., para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, proceda a reconocer y pagar la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor

Marcos, a reconocer y pagar la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor Marcos, que en ningún caso podrá ser inferior a un salario mínimo mensual legal vigente, con todos los efectos legales que rigen la citada prestación, y en forma retroactiva a partir del momento en que la misma fue solicitada por el actor, es decir, del 22 de mayo de 2013, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación, así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

CUARTO: Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver Sentencia SU-337 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero.

[2] Esto es, 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

[3] En Sentencia T-138 de 2012 MP. Humberto Antonio Sierra Porto, esta corporación reiteró lo expuesto en la Sentencia T-843 de 2004 MP. Jaime Córdoba Triviño,

argumentando que “La protección especial a ese grupo poblacional está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.)...”.

[5] Ibídem.

[6] Sentencia T-323 de 2011 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[7] Ibídem.

[8] Sentencia T-146 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[9] Sentencia T- 836 de 2006 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[10] Sentencias T-1291 de 2005 MP. Clara Inés Vargas Hernández y T- 668 de 2007 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[11] Ibidem.

[12] Sentencia T-479 de 2008 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[13] Sentencia T-146 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[15] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[16] 39° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[17] De manera textual el Comité señaló lo siguiente: “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer

plenamente los derechos reconocidos en el Pacto’”.

[18] Sentencia T-658 de 2008 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[19] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[20] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[21] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[22] “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

[23] Sentencia T-777 de 2009 MP. Jorge Ivan Palacio.

[24] Sentencia T-777 de 2009 MP. Jorge Iván Palacios

[25] [25] Sentencia T-777 de 2009 MP. Jorge Iván Palacios

[26] Ver Sentencia T- 285 de 2007.

[27] MP. Jorge Iván Palacios

[28] Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 17 de diciembre de 1999.

[29] Folio 14 del cuaderno principal.

16 Folios 13, 14 y 28 del cuaderno principal.

[30] Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones.

[31] ‘por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones’,

[32] Ver las Resoluciones de la Asamblea General A/RES/50/81, 1995 (World Programme of Action for Youth to the Year 2000 and Beyond); A/RES/56/117, 2002 (Policies and

programmes involving youth); A/RES/62/126, 2008 (Policies and programmes involving youth: youth in the global economy – promoting youth participation in social and economic development).

[33] Una publicación de la OMS, para Colombia, e incorporada como parte del Programa Presidencial para el Sistema Nacional de Juventud, dice al respecto que “para la Organización Mundial de la Salud – OMS – se considera como población juvenil las personas entre 10 y 24 años; considerando por separado tres grupos de edad: 10 a 14 (preadolescentes), 15 a 19 (adolescentes) y 10 a 24 (población juvenil). Esta separación por grupos de edad es considerada de gran importancia y utilidad, pues las necesidades, problemas y expectativas varían considerablemente en cada uno de los grupos”. Presidencia de la República. Hacia una política pública de juventud en Colombia. Herramientas para su construcción e institucionalización. Organización Panamericana de la Salud OPS/OMS. 2001, p. 15.

[34] UN. “Definition of Youth”. Tomado de <http://www.un.org/esa/socdev/documents/youth/fact-sheets/youth-definition.pdf>

[35] Artículos 48, 49 y 53 de la C.P. establecen que la seguridad social tiene una doble connotación jurídica: por una parte es un derecho irrenunciable y por la otra, es un servicio público obligatorio.

[36] Sentencia T-509 de 2010 MP. Mauricio González Cuervo.

[37] Ver entre otras, sentencias C-251 de 1997, SU.225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

[38] Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004.

[39] Sentencia T-509 de 2010 MP. Mauricio González Cuervo.

[40] Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

[41] Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

[42] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[43] Sentencias T-383 de 2009 MP. María Victoria Calle Correa; T-628 de 2007 MP. Clara Inés Vargas Hernández; T-509 de 2010 MP. Mauricio González Cuervo; T-885 de 2011 MP. María Victoria Calle Correa.

[44] MP. Clara Inés Vargas Hernández.

[45] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[46] Ver sentencias T-594 de 2011 MP. Jorge Iván Palacio Palacio; T- 668 de 2011, T-298 de 2012 y T-595 de 2012 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[47] Sentencia T-163 de 2011 MP. María Victoria Calle Correa

[48] ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.

[49] Sentencias T-710 de 2009 MP. Juan Carlos Henao Pérez; T-561 de 2010 MP. Nilson Pinilla Pinilla; T-420 de 2011 MP. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras.

[50] Sentencia T-699A de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil.

[51] MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[52] MP. María Victoria Calle Correa.

[54] MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[55] Sentencia T-262 de 2005 MP. Jaime Araújo Rentería.

[56] Sentencia T-292 de 1995 MP. Fabio Morón Díaz.

[57] Folios 211 al 217 del expediente de pruebas.

[58] Esto es, 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

[59] Sentencia T-777 de 2009 MP. Jorge Iván Palacio

[60] Sentencia T-653 de 2004 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[61] En sentencia T-456 de 2004 se dijo lo siguiente: “[...] su precaria condición económica se evidencia con las declaraciones de su hermana, cuando manifiesta que es urgente contar con la mencionada pensión por cuanto se amenaza la subsistencia de su hermana y se empeoran sus condiciones mínimas de vida ante la carencia de medios para su manutención. Ello deja ver otra vulneración grave a institutos constitucionales como el derecho a la dignidad, en la medida en que tratándose de una persona que no cuenta con ninguna fuente de ingresos y que no tiene la capacidad de operar en el mercado laboral, negarle una pensión de invalidez, equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía. Al respecto, esta Corporación ha considerado que el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas”. Ésta sentencia fue reiterada en la sentencia T-086 de 2006.

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