

Sentencia T-479/14

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

La Corte Constitucional ha indicado que cuando se presenta una tutela para la protección de un derecho fundamental, basada en el reconocimiento de una pensión, sea ésta de vejez, sobrevivientes o invalidez, es preciso establecer si en el caso concreto, existe un medio de defensa judicial eficaz para proteger las garantías constitucionales del interesado. Asimismo, ha considerado que hay especiales condiciones que deben ser analizadas en cada caso concreto, para determinar la procedencia de la acción, por ejemplo: que la persona interesada sea sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas de la tercera edad; o a quienes por sus condiciones de vulnerabilidad económica, de salud o familiares, no les es exigible acudir a otra vía judicial para solicitar la protección de su derecho, habida cuenta del tratamiento preferencial que su condición exige.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Elementos fundamentales

Cuando la reclamación pensional se concreta en el reconocimiento de una pensión por invalidez, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se trata de un derecho fundamental per se, susceptible de protección por vía del amparo constitucional, particularmente por coincidir dos elementos fundamentales: (i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas.

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA/ACCION

DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTOS DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA

Debido a la gravedad de la enfermedad, su carácter progresivo y el agravante de que no ha sido posible encontrar una cura.

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Normas y jurisprudencia constitucional/DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD-Para el requisito de fidelidad de cotización al sistema pensional/PENSION DE INVALIDEZ-Reiteración de jurisprudencia sobre únicos requisitos exigibles

PENSION DE INVALIDEZ-Estructuración retroactiva del estado de invalidez para personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas

Referencia: expedientes acumulados T-4255281, T-4262812, T-4263974, T-4270826

Expediente T-4255281. Acción de tutela presentada por Blanca Nancy Hidalgo Nieto, contra Colpensiones.

Expediente T-4262812. Acción de tutela presentada por Julián contra Colpensiones.

Expediente T-4263974. Acción de tutela presentada por Alirio Durán contra Colpensiones.

Expediente T-4270826. Acción de tutela presentada por Andrés contra Colpensiones.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los despachos judiciales que a continuación se mencionan:

1. Expediente T-4255281. En primera instancia, por el Juzgado Sexto de Familia de Medellín el veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013) y, en segunda instancia por la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Blanca Nancy Hidalgo Nieto, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.
2. Expediente T-4262812. En primera instancia, por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Julián, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.
3. Expediente T-4263974. En primera instancia, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga el veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014) en el trámite de la acción de tutela instaurada por Alirio Durán, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.
4. Expediente T-4270826. En primera instancia, por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín el veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), en el trámite de la acción de tutela instaurada por Andrés, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones.

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados para revisión y acumulados entre sí, por la Sala de Selección Número Tres (3), mediante auto proferido el dieciocho (18) de marzo de dos mil catorce (2014).

I. ANTECEDENTES

Los peticionarios de los procesos que se estudian en la presente sentencia interpusieron acciones de tutela contra Colpensiones, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, al haberseles negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que con base en la fecha

de estructuración, éstos no cumplían con el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la estructuración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Los expedientes T-4262812 y T-4270826, hacen referencia a información que puede afectar el derecho a la intimidad de los actores, razón por la cual la Sala decidió cambiar sus nombres por los nombres Julián, y Andrés, respectivamente.

La Sala Primera de Revisión advierte que durante el término de traslado de las acciones de la referencia, pese a haber sido notificada la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, esta entidad guardó silencio sobre los hechos y las pretensiones incoadas por cada uno de los accionantes.

A continuación se hará una exposición detallada de cada uno de los procesos de la referencia.

1. Caso de Blanca Nancy Hidalgo contra Colpensiones expediente T-4255281

1.1. Hechos

1.1.1. La señora Blanca Nancy Hidalgo es una persona de cincuenta y ocho (58) años de edad,[1] que desde el primero (1º) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) se afilió como independiente al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011), completando un total de seiscientos cincuenta y un (651) semanas cotizadas.[2]

1.1.2. En declaración rendida por la peticionaria el veintiocho de mayo de dos mil catorce (2014), manifestó que hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011) realizó aportes al sistema, por cuanto desde esa época su situación económica se dificultó al estar cada vez más enferma por la pérdida progresiva de la visión.[3]

1.1.3. Debido al estado de salud de la peticionaria, solicitó ante el ISS que le fuera calificada la disminución de su capacidad laboral. El dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011), la Vicepresidencia de Pensiones del ISS profirió dictamen en donde determinó una pérdida de la capacidad laboral de la accionante del (55.40%), con fecha de estructuración del doce

(12) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).[4]

1.1.4. La accionante manifestó que en su historia clínica no hay ninguna anotación que indique que el doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), ella presentara alguna afectación en su salud, concretamente, en su visión, para que fuera tal fecha la escogida para estructurar la invalidez.

1.1.5. Adicionalmente, la señora Hidalgo indicó que los momentos en los cuales presentó complicaciones de salud por manifestaciones de sus problemas de su visión fueron: (i) el doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), cuando reportó “agudeza visual de cuenta dedos a 30 cms por ambos ojos y con nota de oftalmología en la que se reporta ceguera legal”,[5] (ii) el cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), cuando se le diagnosticó agudeza visual de 20/400, y (iii) el veintisiete (27) de junio de dos mil uno (2001), cuando se le definió que tenía “agudeza visual por ojo derecho de manos a 30 cms”.[6] Sin embargo, expresó que estos padecimientos le permitieron continuar cotizando como independiente hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011).

1.1.6. El veintiocho (28) de junio de dos mil once (2011), Blanca Nancy Hidalgo solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de origen común, sin embargo, mediante la resolución GNR 211220 del veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013) le fue negada la prestación económica, al considerar que la peticionaria no cumple con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, consistente en haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.[7]

1.1.7. Ante la decisión de Colpensiones de negarle el reconocimiento pensional, la accionante solicitó al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, así como el reconocimiento definitivo de la pensión de invalidez.

1.2. Sentencia de primera instancia

En providencia del veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013), el Juzgado Sexto de Familia de Medellín negó la protección de los derechos fundamentales de la accionante, al

considerar que la peticionaria no interpuso ningún recurso en contra del dictamen de pérdida de capacidad laboral, pese a no estar de acuerdo con el mismo. Concluyó que la señora Hidalgo contaba con otros mecanismos de defensa para hacer valer sus derechos pensionales y no puede el juez de tutela entrometerse en asuntos que no son de su competencia.

1.3. Impugnación

El apoderado de Blanca Nancy Hidalgo impugnó la sentencia de primera instancia. En su concepto, Colpensiones está actuando de manera arbitraria en tanto la peticionaria cumple con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de invalidez.

1.4. Sentencia de segunda instancia

La Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), confirmó la sentencia recurrida, aclarando que la accionante “no agotó los medios legales con que contaba y que eran eficaces frente a su inconformidad con la fecha de estructuración de su discapacidad, además porque no cumple con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 artículo 39”. [8]

2. Caso de Julián contra Colpensiones expediente T-4262812

2.1. Hechos

2.1.1. El señor Julián es una persona de cuarenta (40) años de edad, [9] que desde el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997) empezó a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), completando un total de doscientas treinta y ocho (238) semanas. [10]

2.1.2. El seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), la Vicepresidencia de Pensiones del ISS profirió dictamen en donde determinó una pérdida de la capacidad laboral del accionante del (67.20%), con fecha de estructuración del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), debido a que padece VIH SIDA. [11]

2.1.3. Manifestó el actor que desde el año dos mil once (2011) debido a su difícil situación

de salud, se ve obligado a tomar muchos medicamentos que le generan debilidad, indisposición, pérdida del apetito, entre otros síntomas, que le impiden desempeñarse laboralmente. Dando lugar a que dependa económicamente de la caridad de sus familiares.[12]

2.1.4. El veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013), el señor Julián solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de origen común. Sin embargo, mediante la resolución GNR 6011 del dieciséis (16) de noviembre de dos mil doce (2012),[13] le fue negada dicha prestación al considerar que no cumplía con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que exige haber cotizado por lo cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores al momento en que se produzca la invalidez.

2.1.5. Decisión que fue recurrida por el peticionario y mediante resolución VPB 3742 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013),[14] fue confirmada por Colpensiones tras considerar que “el asegurado no cumple con el requisito de las 26 semanas de cotización con anterioridad a la fecha de estructuración, y así mismo se evidencia que el primer aporte realizado al Régimen de Prima media corresponde al periodo de febrero de 1996, motivo por el cual no hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada”.

2.2. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante fallo del veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), declaró improcedente la acción de tutela interpuesta, tras considerar que el accionante podía acudir a la vía judicial ordinaria para resolver en esa sede sus pretensiones.

3. Caso de Alirio Durán contra Colpensiones expediente T-4263974

3.1. Hechos

3.1.1. El señor Alirio Durán es una persona de cincuenta y tres (53) años de edad,[15] que desde mil novecientos noventa y cuatro (1994) se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, completando un total de trescientas ocho (308) semanas cotizadas. [16] El veintiocho (28) de agosto de dos mil seis (2006) sufrió un accidente cerebro vascular que

le dejó como secuela una parálisis corporal.[17]

3.1.2. Por lo anterior, el accionante en principio fue calificado por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, con una pérdida de la capacidad laboral del accionante (67.3%), con fecha de estructuración del veintisiete (27) de febrero de dos mil siete (2007), por medio del dictamen No. 48-07.

3.1.3. Con base en tal dictamen, el veinte (20) de junio de dos mil siete (2007), el señor Alirio Durán solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, sin embargo, mediante la Resolución No. 7656 del dos mil siete (2007),[18] le fue negada la prestación económica. Lo anterior, al considerar que (i) no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 38 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 860 de 2003, esto es haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, pues solo tenía treinta y tres (33) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores; y, (ii) su fidelidad al sistema no fue del 20% en el tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en que por primera vez se calificó su estado de invalidez.

3.1.4. No obstante, en el expediente reposa otra calificación realizada cuatro (4) años después del primer dictamen. En esta nueva calificación, la Vicepresidencia de Pensiones del ISS el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), determinó una pérdida de la capacidad laboral del accionante del (69.19%), con fecha de estructuración del treinta (30) de agosto de dos mil seis (2006).[19]

3.1.5. Ante la decisión de Colpensiones de negarle el reconocimiento pensional, el señor Alirio Durán solicitó al juez de tutela el reconocimiento definitivo de la pensión de invalidez, con el fin de que le sea garantizado el goce efectivo de su derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social.

3.2. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga, en sentencia del veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), declaró improcedente la acción de tutela. Para tal efecto, señaló que el peticionario puede acudir a la jurisdicción ordinaria en su competencia laboral para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

4. Caso de Andrés contra Colpensiones expediente T-4273974

4.1. Hechos

4.1.1. Andrés es una persona de cuarenta y cuatro (44) años de edad,[20] que desde el seis (6) de julio del dos mil (2000) se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), completando un total de doscientas veintinueve (229) semanas cotizadas.[21]

4.1.2. El veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), la Vicepresidencia de Pensiones del ISS profirió dictamen en donde determinó una pérdida de la capacidad laboral del accionante del (70.50%), con fecha de estructuración del siete (7) de junio de dos mil (2000), debido a que padece VIH SIDA.[22]

4.1.3. El veintiséis (26) de octubre de dos mil doce (2012), el peticionario solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de origen común. Sin embargo, mediante la resolución No. 15321 del cuatro (4) de diciembre de dos mil doce (2012) le fue negada la prestación económica al considerar que el peticionario no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al no tener semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración. Contra tal decisión, el accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, argumentando que para el reconocimiento pensional se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración.

4.1.4. Por medio de la resolución VPB 2315 del dieciséis (16) de julio de dos mil trece (2013),[23] Colpensiones confirmó la resolución apelada tras considerar que Andrés no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pues no cuenta con las cincuenta (50) semanas cotizadas al sistema en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y los aportes efectuados con posterioridad a tal fecha no pueden contabilizarse para efectos del reconocimiento pensional.

4.1.5. Con base en los hechos narrados, el peticionario solicitó al juez de tutela el reconocimiento de la pensión de invalidez, en aras de garantizar sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, teniendo en cuenta que es un sujeto

de especial protección constitucional considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentra por padecer VIH SIDA.

4.2. Decisión objeto de revisión

El Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), negó la protección de los derechos fundamentales del peticionario, al considerar que es el Juez Laboral el llamado a resolver esta controversia y no el juez constitucional.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los procesos de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.1. Los accionantes consideran que Colpensiones vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social al no reconocerles el derecho a la pensión de invalidez, a pesar de que se les dictaminara una pérdida de la capacidad laboral superior al (50%), bajo el argumento de que no cotizaron las semanas exigidas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, Colpensiones guardó silencio en todas las acciones de tutela de la referencia a pesar de que fue notificado de las mismas.

2.2. Distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han sostenido que la fecha de estructuración fijada en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, debe coincidir con el momento en que la persona calificada pierde, efectivamente, las condiciones físicas y mentales que le permiten continuar trabajando y proveyéndose el sustento económico para suplir sus necesidades básicas. [24] En el caso de las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en que la capacidad laboral se pierde de forma progresiva, la fecha de estructuración debe ser aquella en la cual hay una pérdida permanente y definitiva, de modo tal que no se fije la fecha arbitrariamente y, por el contrario, esta

atienda a las circunstancias de salud del calificado, a partir de las cuales se estima que no está en capacidad de continuar laborando.

2.3. Teniendo en cuenta estas consideraciones y los hechos que fundamentan las acciones de tutela de la referencia, la Sala Primera de Revisión estima que se pueden extraer dos problemas jurídicos: uno común a tres (3) de los cuatro (4) casos y otro relativo al caso del señor Alirio Durán. Esto es así, porque en este último asunto se negó el reconocimiento a la pensión de invalidez, por no cumplir con el requisito de fidelidad con el sistema.

2.3.1. ¿Vulnera un fondo de pensiones (Colpensiones) el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de unos afiliados (Blanca Nancy Hidalgo, Julián y Andrés) por negarles el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que no cotizaron las semanas requeridas antes de la fecha de estructuración de la invalidez, con fundamento en un dictamen de pérdida de capacidad laboral en el cual no se valoraron todas las circunstancias fácticas indispensables para determinar el momento de pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral de los interesados?

2.3.2. ¿Vulnera un fondo de pensiones (Colpensiones) el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de un afiliado (Alirio Durán) al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque el actor no cumplió el requisito de fidelidad contenido en la versión original del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, el cual fue declarado inexecutable con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez del usuario?

2.4. Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala, (i) estudiará la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se busca el reconocimiento y pago de un derecho pensional; luego, (ii) se hará una breve reseña de las normas y la jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez; posteriormente, (iii) se analizará el tema de la estructuración en forma retroactiva del estado de invalidez de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Finalmente, (iv) se analizará cada uno de los casos sometidos a consideración de la Sala.

2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

3.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

3.2. Bajo estas consideraciones, esta Corporación ha sido enfática en establecer que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales, toda vez que la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada a la jurisdicción ordinaria en su competencia laboral, o a la jurisdicción contencioso administrativa, según el caso.[25]

Sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se presenta una tutela para la protección de un derecho fundamental, basada en el reconocimiento de una pensión, sea ésta de vejez, sobrevivientes o invalidez, es preciso establecer si en el caso concreto, existe un medio de defensa judicial eficaz para proteger las garantías constitucionales del interesado. Asimismo, ha considerado que hay especiales condiciones que deben ser analizadas en cada caso concreto, para determinar la procedencia de la acción, por ejemplo: que la persona interesada sea sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas de la tercera edad; o a quienes por sus condiciones de vulnerabilidad económica, de salud o familiares, no les es exigible acudir a otra vía judicial para solicitar la protección de su derecho, habida cuenta del tratamiento preferencial que su condición exige. Al respecto ha indicado:

“[C]uando la reclamación pensional se concreta en el reconocimiento de una pensión por invalidez, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se trata de un derecho fundamental per se, susceptible de protección por vía del amparo constitucional, particularmente por coincidir dos elementos fundamentales: (i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad

manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas”.[26]

3.3. En los casos objeto de estudio, los accionantes disponen, en principio, de otros mecanismos de defensa judicial para solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la Sala Primera de Revisión considera que estos mecanismos no revelan la idoneidad suficiente para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de los peticionarios, pues las circunstancias personales de cada uno, hace que requieran la protección inmediata de esos derechos.

3.4. Con base en los hechos narrados y de la información obrante en los expedientes, la Sala advierte que en los asuntos analizados en esta ocasión, los accionantes reúnen unas características personales similares y especiales que a la luz de los postulados constitucionales tornan la acción de tutela como el mecanismo judicial idóneo para buscar la defensa de sus derechos fundamentales. Se trata de personas que se encuentran gravemente enfermas, que dependen de terceros para realizar la mayoría de sus actividades cotidianas, que no cuentan con ingresos económicos suficientes para suplir sus necesidades esenciales y no tienen expectativas de recibir otros ingresos distintos a los que podrían percibir por concepto de la pensión de invalidez, debido al alto porcentaje de pérdida de su capacidad laboral.

Además, en el caso de los señores Julián y Andrés hay una particularidad relevante, consistente en que ambos padecen VIH SIDA. Por lo que debe tenerse en cuenta que al tratarse de personas con este padecimiento, son acreedoras de una protección constitucional reforzada, “debido a la gravedad de la enfermedad, su carácter progresivo y el agravante de que no ha sido posible encontrar una cura”.[27] Esta protección especial se ve reflejada en la procedencia de la acción de tutela de manera directa y definitiva para el reconocimiento de la pensión de invalidez.[28]

De esta manera, lo que se busca con las acciones interpuestas es proteger el derecho que le asiste a los accionantes de gozar de un ingreso mensual autónomo, acorde con la noción de dignidad humana, que les permita fundamentalmente, cubrir sus necesidades más básicas y el acceso a los servicios de salud indispensables para el tratamiento de la patología que padecen. Estas circunstancias permiten a la Sala concluir que las acciones objeto de análisis cumplen con el requisito de subsidiariedad, siendo necesario un pronunciamiento inmediato sobre la protección de los derechos fundamentales de estos sujetos que, adicionalmente, son titulares de una especial protección constitucional debido a la disminución en su capacidad física.

4. Régimen jurídico de la pensión de invalidez de origen común

4.1. La pensión de invalidez puede generarse por enfermedades o accidentes de riesgo común o de origen profesional.[29] En lo que guarda relación con la pensión de invalidez por riesgo común, ésta exige además de la pérdida de la capacidad laboral certificada por cualquiera de las entidades competentes,[30] el cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual el afiliado para poder acceder a la pensión de invalidez debe reunir los siguientes requisitos:

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

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

Sin embargo, esta norma fue modificada por la Ley 860 de 2003,[31] que en su artículo 1° estableció:

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

“1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del

tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

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

4.2. La Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009,[32] al estudiar la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, determinó que el requisito de fidelidad introducido por esta Ley evidenciaba una regresividad en el sistema pensional. La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que al confrontar los textos normativos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante, al exigir la demostración de su fidelidad con el sistema, exigiendo cotizaciones mínimas del (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Al respecto esta Corporación indicó:

“El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma”.

En virtud de lo anterior, esta Corporación concluyó que el requisito de fidelidad permitía apreciar una regresividad en el sistema pensional colombiano, razón por la cual declaró inexecutable la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.[33]

4.3. Los efectos de la declaratoria de inexecutable de la sentencia C-428 de 2009 cubre

aquellas situaciones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado es posterior a la de expedición de la sentencia, esto es, el primero (1) de julio de dos mil nueve (2009), pues las situaciones en las cuales la fecha de estructuración es anterior, deberán regirse bajo los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 en su versión original.

Sin embargo, en reiteradas sentencias de tutela, diferentes Salas de Revisión han sostenido que los efectos de la sentencia C-428 de 2009 también son aplicables a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexecuibilidad parcial, por cuanto el texto del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en su redacción original, y en cuanto al requisito de fidelidad, es contrario al principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social, y lo que hizo el estudio de constitucionalidad fue “corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución”. [34]

Igualmente, en la sentencia T-822 de 2009, [35] al estudiar el caso de una persona con (59.54%) de pérdida de la capacidad laboral por padecer cáncer de colon y fecha de estructuración de la invalidez el veintisiete (27) de noviembre de dos mil siete (2007), a quien el ISS le negó el derecho a la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito de fidelidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Esta Corporación reiteró, que la sentencia C-428 de 2009 corrigió una situación que desde siempre fue inconstitucional, por lo tanto, el pronunciamiento contenido en la misma providencia, tiene un efecto declarativo y no constitutivo.

Además, agregó que por la vigencia del principio pro homine, el juez constitucional debía proferir la interpretación más garantista del derecho a la pensión de invalidez de los afiliados “[...] de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrían en limitaciones ilegítimas de los derechos”. Así, en ambas oportunidades esta Corporación concluyó que tendrá derecho a acceder a la pensión de invalidez el afiliado (i) que tenga una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y (ii) que haya cotizado como mínimo cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Por su parte, en la sentencia T-924 de 2009,[36] la Sala Novena estudió el caso de una persona con pérdida de capacidad laboral del 61.23% y fecha de estructuración de invalidez el tres (3) de octubre de dos mil siete (2007), a quien, inicialmente, se le negó el derecho a la pensión por no cumplir el requisito de fidelidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En esta sentencia la Corte consideró:

“[L]a reclamación que por vía de tutela hizo la accionante en procura de la protección de sus derechos fundamentales, en especial en lo atinente al reconocimiento de su pensión de invalidez, y cuyo amparo solo se podía alcanzar por vía de la mencionada excepción de inconstitucionalidad, ahora, se puede reclamar con la seguridad de que tal prestación sería reconocida con el cumplimiento de los únicos requisitos exigidos para tal efecto: (i) una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y (ii) haber cotizado cuando menos 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez”.

4.4. La Sala concluye que cuando la fecha de estructuración de la invalidez es previa a la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, para acceder al reconocimiento pensional, el interesado sólo debe acreditar el cumplimiento de dos (2) requisitos: (i) ser inválido, es decir, tener una pérdida de capacidad laboral superior al (50%), y (ii) haber cotizado como mínimo cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Y en ese mismo sentido, resulta inadmisibles que el fondo de pensiones niegue el acceso a la pensión de invalidez a una persona, al exigir requisitos que por demás resultan inconstitucionales, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y las normas vigentes sobre la materia.

5. En el caso de las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la fecha de estructuración de la invalidez debe ser aquella en la cual hay una pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral, de forma tal que no se fije la fecha arbitrariamente

5.1. Como se dijo en el acápite anterior, respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común, el sistema general de pensiones consagró el reconocimiento de la pensión de invalidez para aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber; (i) ser una persona inválida, es decir, sufrir una pérdida de la capacidad laboral igual

o superior al (50%), y (ii) haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

5.2. Sobre el segundo requisito, esta Corporación ha señalado que las personas cuya pérdida de la capacidad laboral es producto del padecimiento de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez se fije en relación con el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral. Entendiendo la pérdida de la capacidad como la incapacidad de seguir ofreciendo la fuerza de trabajo en el mercado laboral y, en consecuencia, la imposibilidad de proveerse autónomamente un sustento económico, así como de continuar efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social.

Ha entendido la Corporación que por tratarse de enfermedades cuyos efectos se manifiestan de forma progresiva, la capacidad para trabajar va perdiéndose poco a poco y, por ello, a pesar del deterioro de la salud y de lo que señala el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, la persona mantiene su capacidad productiva y continúa cotizando a la seguridad social, hasta un momento en que debido a que su condición de salud se agrava, no puede hacerlo más.

5.3.1. En la sentencia T-699A de 2007[38] la Sala Cuarta de Revisión conoció del caso de una persona que sufría de VIH Sida, a quien el cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004) le fue diagnosticada una pérdida de la capacidad laboral del cincuenta y tres punto veinticinco por ciento (53.25%), con fecha de estructuración el veinticuatro (24) de julio de dos mil tres (2003). Con fundamento en la anterior calificación, el accionante solicitó a la entidad responsable que le reconociera la pensión de invalidez. En comunicación del trece (13) de abril de dos mil cuatro (2004), el Fondo respondió negativamente la solicitud, argumentando que no cumplía con el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En una segunda calificación se señaló que la pérdida de la capacidad laboral del peticionario era de sesenta y un punto cero cinco por ciento (61.05%), con la fecha de estructuración establecida en el primer dictamen. En el dictamen final, expedido por la Junta Nacional de

Calificación, se estableció que la fecha de estructuración correspondía al cinco (5) de junio de dos mil tres (2003). Pero la solicitud de reconocimiento de la pensión fue nuevamente negada, por cuanto la entidad insistió en que la persona no reunía las semanas mínimas de cotización. A propósito de esta situación, la Sala se pronunció en el siguiente sentido:

“[E]n razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

“En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

“En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés

y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos. Así, cabría cuestionarse si es procedente que la respectiva A.F.P. desconozca las cotizaciones realizadas desde la fecha de estructuración hasta el momento de la calificación, cuando efectivamente se pudo establecer el estado de invalidez”.

5.3.2. En la sentencia T-710 de 2009[39] la Sala Primera de Revisión conoció el caso de un hombre que sufría de VIH Sida, quien cotizó antes y después de la fecha de estructuración de la invalidez. Dijo la Corporación que en aplicación del principio de solidaridad, el fondo de pensiones debía contabilizar las semanas que fueron cotizadas por el peticionario después de la fecha de estructuración de la invalidez, pues a pesar de que médicamente se estableció que la persona había perdido la capacidad laboral, el hecho de continuar cotizando al sistema mostraba que la mantenía sus facultades físicas y mentales. Sostuvo en concreto la Sala:

“[C]on todo, a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor XXX, 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”.

5.3.3. Asimismo, en la sentencia T-561 de 2010[40] la Sala Sexta de Revisión analizó una acción de tutela, en la cual se debatía si resultaba procedente reconocer la pensión de invalidez para garantizar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona que había perdido su capacidad laboral, porque se había agravado su diagnóstico de esquizofrenia esquizo-afectiva. La peticionaria solicitó al Seguro Social, en el año dos mil cuatro (2004), después de cotizar durante dos (2) décadas, el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando su condición se agravó. Sin embargo, la entidad fijó como fecha de estructuración aquella en la cual la actora había pasado por una situación clínica

compleja en mil novecientos ochenta y tres (1983). En esta oportunidad, la Corte determinó que debía considerarse como fecha de estructuración, el día en que se realizó el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez. Al respecto la Sala advirtió:

“En efecto, el proceso de aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez o muerte exige el cumplimiento de algunos requisitos, pero el sistema no puede desconocer las circunstancias particulares de un caso como el que se revisa, para negar el reconocimiento de una pensión por invalidez, cuando está demostrado más que suficientemente que la interesada pudo cotizar a pensiones hasta el año 2004, muy a pesar de la supuesta condición de invalidez que se habría estructurado desde 1983. Por tal motivo, entiende la Sala que sólo en el año de 2004 se consolida en la accionante una verdadera situación de invalidez, por lo que serán las normas y las situaciones fácticas de ese momento las que en efecto han de ser tenidas en cuenta para una adecuada valoración y calificación de su invalidez y del efectivo cumplimiento o no de la condición de persona inválida”.

5.3.4. En el mismo sentido, en la sentencia T-103 de 2011[41] la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de una persona diabética, con pérdida de la capacidad laboral superior al sesenta por ciento (60%), a la que se le negó el derecho a la pensión de invalidez por no haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. La fecha de estructuración se fijó en un momento muy anterior (año 2002) a aquel en que se originó la situación que le impidió al actor continuar trabajando, es decir, cuando sufrió la amputación de su pie derecho en el año dos mil ocho (2008). Se sostuvo al respecto:

“[H]a resaltado esta Corporación que: “una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada”. Igualmente [...] la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que una persona es declarada inválida “desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia (Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá 1967. Pág. 725). También esa Corte expresó: “como la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la

labor de acuerdo con las características del mercado laboral.” (Sala de Casación Laboral sentencia 17187 de noviembre 27 de 2001 MP Germán Valdés Sánchez).” Y concluyó: “[s]e colige de lo expuesto que un elemento definidor del estado de invalidez, es el hecho de que la persona por sí misma no puede procurarse los medios para una vida digna y decorosa, medios que se adquieren normalmente de una actividad laboral remunerada; presumiéndose, en principio, que el momento clave de la estructuración de la invalidez está íntimamente ligado con aquel en que la persona no pudo seguir laborando como consecuencia de condiciones físicas o mentales”.

Agregó la Sala que si bien en los años anteriores a la amputación de su pie, el actor había sufrido deterioro de su salud, tal situación no se constituía en el momento de pérdida de la capacidad laboral, porque a pesar de ello el tutelante continuó desempeñándose como empleado agropecuario. Se sostuvo que la entidad accionada desconoció el derecho fundamental al mínimo vital del peticionario al negarle el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez sobre la base de una fecha de estructuración establecida sin sustento en el desarrollo de su enfermedad, resultando este proceder también violatorio del principio de favorabilidad en materia de seguridad social por cuanto desconocía cinco (5) años de cotizaciones que efectuó el actor al Sistema General de Pensiones. En consecuencia, ordenó al fondo de pensiones que reconociera al tutelante la pensión de invalidez tomando como fecha de la estructuración la fecha de amputación de su pie derecho, momento a partir del cual no pudo continuar laborando.

5.3.5. También, en la sentencia T-671 de 2011[42] la Sala Octava de Revisión amparó el derecho a la pensión de invalidez de una persona que fue calificada con el sesenta y cuatro punto sesenta y cuatro por ciento (64.64%) de pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración de esa invalidez se fijó para el trece (13) de marzo de mil novecientos ochenta y uno (1981), momento en el que le fue diagnosticada por primera vez la enfermedad que padecía y que fue la causa de su invalidez, y no el día en que perdió de forma definitiva y permanente. La entidad de pensiones responsable negó el derecho a la pensión porque en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez la persona no registró semanas cotizadas. Al respecto dijo la Corporación que:

“[C]omo la referida resolución tomó como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que se manifestó por primera vez la enfermedad de la agenciada, y esto

constituye una afrenta al derecho a la seguridad social de aquella, esta Sala tomará, de acuerdo con los lineamientos expuestos en el acápite sexto de esta providencia, el 27 de febrero de 2007 como fecha de estructuración de la invalidez, dado que este fue el día en que el galeno de medicina laboral del ISS la determinó”.

En la sentencia citada, la Sala constató que era una práctica de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, señalar como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que se diagnosticó la enfermedad o aparecieron los primeros síntomas de la misma, lo cual se consideró como una violación del derecho fundamental a la seguridad social por varias razones. En primer lugar, porque en las enfermedades crónicas o degenerativas, la pérdida de la capacidad laboral es gradual, por lo que las personas, en ocasiones, pueden seguir trabajando y cotizando al sistema. En segundo lugar, porque no se tienen en cuenta los aportes realizados por el trabajador con posterioridad a la fecha de estructuración. Y en tercer lugar, porque se desconoce el Decreto 917 de 1999,[43] el cual define esta fecha como aquella “en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva”. Al resolver el caso concreto en la sentencia citada, se sostuvo que el considerar como fecha de estructuración de la invalidez, el día que el Seguro Social calificó por primera vez la enfermedad, “constituye una afrenta al derecho a la seguridad social de la peticionaria”.

5.3.6. En igual sentido se pronunció la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-209 de 2012.[44] En el caso concreto se tomó como referencia para establecer la fecha de estructuración de la invalidez la de la última cotización realizada por el actor al sistema de pensiones. Se trató del caso de una persona que padecía de artrosis severa e insuficiencia renal crónica y fue calificada con pérdida de la capacidad laboral del setenta y seis punto veinticinco por ciento (76.25%), con estructuración el diez (10) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986), sin que para esa época estuviera impedido para seguir laborando. Indicó:

“[L]a invalidez de una persona se determina cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución sustancial de sus capacidades físicas, intelectuales o ambas, para desarrollar una actividad, situación que le impide seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En el presente caso es claro que la invalidez del actor no se configuró en el año de 1986, tal como lo establece el ISS, ya que éste continuó laborando y realizando

los respectivos aportes al Sistema, por lo que se desvirtúa la presunta invalidez que lo afectó durante todo el tiempo en que efectuó tales aportes, esto es, hasta el año 2011 cuando su estado de salud le impidió continuar laborando”.[45]

Precisó la Sala que una entidad administradora de pensiones vulnera las garantías constitucionales de una persona que sufre una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, especialmente su derecho al mínimo vital, cuando niega el reconocimiento de la pensión de invalidez sin antes verificar que la fecha de estructuración de la invalidez coincida con el momento en que la persona efectivamente deja de ser apta para continuar en el mercado laboral.

5.4. En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que un fondo de pensiones debe tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta postura parte de la consideración de que, aunque la fecha de estructuración se haya fijado en un momento determinado, en ciertos casos es posible que con posterioridad a esa fecha, la persona conserve una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema de pensiones, le haya permitido seguir trabajando y cotizando hasta que llega a un punto en que la incapacidad se vuelve total.

5.5. En suma, esta Corporación, dependiendo del caso concreto, ha admitido como fecha de estructuración de la invalidez (i) un momento posterior al definido en el dictamen médico de pérdida de capacidad laboral, y (ii) un momento anterior al definido en el mismo dictamen. Ambas situaciones tienen fundamento en la concepción constitucional de la invalidez, que, como ya se advirtió, se explica como la imposibilidad de la persona para continuar proveyendo el sustento económico que le garantice su mínimo vital, y la subsecuente afiliación a la seguridad social. Así las cosas, para establecer el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral cuando se trata de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe incorporar las razones objetivas de dicha pérdida, y en ocasiones, el contenido del dictamen se debe armonizar con el momento en que el estado de invalidez se exteriorizó, de forma tal que le impidió al usuario continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento y el de su familia.[46]

6. Expediente T-4255281. Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de Blanca Nancy Hidalgo al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin antes haber valorado que después de la fecha en que se fijó la estructuración de la invalidez la peticionaria aún conservaba su capacidad laboral y continuó haciendo sus respectivos aportes al sistema

6.1. La señora Blanca Nancy Hidalgo cotizó al sistema general de pensiones desde el primero (1°) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011), completando un total de seiscientos cincuenta y una (651) semanas.[47] Expuso que dejó de cotizar al sistema debido a la difícil situación de salud en que se encontraba, pues el alto porcentaje de pérdida de la visión le impide desarrollar la mayoría de las actividades cotidianas y proveerse su propio sustento. Por este motivo, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el dictamen emitido el dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011) por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, en el cual se determinó que tenía una pérdida de la capacidad laboral del (55.40%), estructurada el doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).[48] La entidad accionada negó dicha petición argumentando que la señora Hidalgo no cumplía el requisito de haber cotizado veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo la invalidez.[49]

6.2. En el caso objeto de estudio, la fecha de estructuración que se determinó en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral fue el doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Sin embargo, la peticionaria considera que tal fecha no fue un momento determinante en la pérdida de su capacidad laboral, pues si bien tuvo épocas en las cuales su salud se encontraba muy delicada, como por ejemplo, el doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la cual reportó “agudeza visual de cuenta dedos a 30 cms por ambos ojos y con nota de oftalmología en la que se reporta ceguera legal”,[50] el cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), en la cual reportó agudeza visual de 20/400, y el veintisiete (27) de junio de dos mil uno (2001), cuando se le diagnosticó “agudeza visual por ojo derecho de manos a 30 cms”,[51] esto no le impidió seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

Por esto, afirma que en el mes de mayo de dos mil once (2011),[52] cuando se vio en la imposibilidad de continuar trabajando y llevando una vida autónoma, debido a la paulatina

pérdida de la visión, solicitó a la Junta médica de calificación de invalidez, que le determinaran la pérdida de la capacidad laboral. Pues, por el alto grado de pérdida de la visión empezó a depender de la caridad de su familia para la satisfacción de sus necesidades básicas y a dificultársele realizar las cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones.[53]

6.3. Sin desconocer el dictamen médico en el que se fijó a la accionante su pérdida de capacidad laboral, la Sala considera que dicha fecha de estructuración, como acertadamente lo indicó la accionante, no coincide con el momento en que perdió la capacidad para trabajar debido al progreso de su enfermedad y la posibilidad de sostenerse autónomamente, pues si bien desde el doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999) comenzaron algunas manifestaciones clínicas de sus problemas de visión, (i) la accionante cotizó al sistema hasta el año dos mil once (2011), esto es, durante doce (12) años más; adicionalmente, (ii) en la información contenida en la historia clínica de la señora Hidalgo, no aparece referenciado el doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) como un momento determinante en la enfermedad de la accionante, es más, ni siquiera hay alguna constancia en la cual se verifique que ese día la peticionaria presentó molestias en sus ojos, que dieran lugar a una pérdida del (50%) o más de su capacidad. Por el contrario consta lo siguiente:

“Historia Clínica Completa: Paciente con antecedente de visión subnormal en ambos ojos, con historia de oftalmología desde el 4 de agosto de 1999 que reporta agudeza visual 20/400. Epicrisis o resumen de historia clínica: por ojo izquierdo en fecha de 27/3/99 se reporta agudeza visual de cuenta dedos a 30 CMS por ambos ojos y con nota de oftalmología en la que se reporta ceguera legal”. [54]

6.4. Como quedó consignado en las consideraciones que fundamentan esta providencia, en aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad que implique una pérdida paulatina de sus condiciones y destrezas físicas, mentales y sociales, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado pierde efectivamente su capacidad de forma permanente y definitiva, de tal forma que le impide

desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.[55]

6.5. A diferencia de las consideraciones realizadas por Colpensiones al negar la petición, y reiterando lo sostenido por esta Corporación en la sentencia T-671 de 2011,[56] en la cual se dijo que la fecha del accidente o del primer diagnóstico de una enfermedad no siempre coincide con la de la pérdida de capacidad laboral. En este asunto, el día en que a la peticionaria se le diagnosticó su problema de visión no coincide con la fecha en que se produce la pérdida definitiva y total de la capacidad para trabajar.

En el dictamen proferido por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS el dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011), se determinó una pérdida de la capacidad laboral de la accionante del (55.40%), con fecha de estructuración del doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).[57] Momento en el cual se le realizó el primer diagnóstico de la enfermedad a la actora y no al momento en que perdió su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, tanto es así, que continuó aportando al sistema de seguridad social hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011), completando un total de ciento cincuenta y cuatro punto veintinueve (154.29) semanas cotizadas.[58]

6.6. Con fundamento en lo expuesto y en aplicación de la jurisprudencia mencionada, la Sala de Revisión concluye que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Blanca Nancy Hidalgo, al hacer el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que desconoció que la fecha en que la Vicepresidencia de Pensiones del ISS fijó la estructuración de su pérdida de la capacidad laboral, esta no había perdido en forma permanente y definitiva su capacidad de trabajo, pues, la disminución paulatina de la visión,[59] implica una pérdida de la capacidad laboral progresiva. Prueba de ello es, como se indicó en el párrafo precedente, que continuó cotizando al sistema doce (12) años más con posterioridad a la fecha en que se afirma se estructuró su invalidez, cotizando un total de seiscientos cincuenta y una (651) semanas.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003,[60] la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez pues presenta una pérdida de su capacidad laboral del (55.40%), y ciento cincuenta y cuatro punto veintinueve (154.29) semanas cotizadas, durante los

últimos tres (3) años.[61] Cotizaciones que deben tenerse en cuenta pese a que se realizaron con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez, porque aunque se fijó en una fecha determinada, en este caso la accionante conservó su capacidad laboral residual que le permitió seguir laborando y cotizando al sistema, hasta llegar al momento en que la enfermedad le impidió seguir laborando.

6.7. Por lo expuesto, en la parte resolutive de este fallo se revocará la sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Sexto de Familia de Medellín el veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013), en el cual se negó el amparo solicitado por la peticionaria, tras considerar que la señora Hidalgo contaba con otros mecanismos de defensa para hacer valer sus derechos pensionales. En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Blanca Nancy Hidalgo, y se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que dentro de los quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor de la señora Blanca Nancy Hidalgo Nieto.

7. Expediente T-4262812. Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Julián al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin antes haber valorado que después de la fecha en que se fijó la estructuración de la invalidez el peticionario aún conservaba su capacidad laboral y continuó haciendo sus respectivos aportes al sistema.

7.1. El señor Julián cotizó al Sistema General de Pensiones desde el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997), hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), completando un total de doscientas treinta y ocho (238) semanas.[62] Expuso que desde finales del año dos mil once (2011) dejó de cotizar a pensiones, por el delicado estado de salud que atravesaba debido a que padece VIH SIDA C3. Por esto, el peticionario solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el dictamen emitido el seis (6) de septiembre de dos mil once (2011) por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, en el cual se determinó una pérdida de la capacidad laboral del (67.20%), estructurada el veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Sin embargo, la entidad accionada mediante la resolución GNR 6011 del dieciséis (16) de noviembre de dos mil doce (2012), negó la prestación solicitada tras considerar que el peticionario no cumplía con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Esta decisión fue confirmada por medio de la resolución VPB 3742 del veinte (20) de agosto de dos mil trece (2013).[63]

7.2. Como quedó consignado en las consideraciones que fundamentan esta providencia, en aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, entre las que se encuentra el SIDA, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales de forma permanente y definitiva, en tal grado que le imposibilita desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.

7.3. En el caso objeto de estudio, la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral fue establecida el veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Sin embargo, el accionante considera que aunque desde tal fecha presentó las primeras manifestaciones de su enfermedad, mantuvo la capacidad para continuar llevando una vida autónoma, trabajando y realizando los aportes correspondientes al sistema durante catorce (14) años; y, solo ante el progreso de la enfermedad y la gravedad de su estado de salud, se vio en la necesidad de que le fuera calificada su pérdida de la capacidad laboral.

Esta Corporación ha señalado que el momento relevante en la estructuración de la invalidez de las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, es aquél en que la persona pierde más del (50%) de su capacidad laboral, pues la capacidad laboral en este tipo de enfermedades no se presenta inmediatamente, sino de forma paulatina.

7.4. Con fundamento en lo expuesto y en aplicación de la jurisprudencia mencionada en el acápite cinco (5) de esta providencia, la Sala de Revisión concluye que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Julián al hacer el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento

de la pensión, pues desconoció que al ser la fecha de estructuración de invalidez del actor anterior a la pérdida definitiva y total de su capacidad laboral, la entidad accionada debía tener en cuenta para determinar el derecho a la pensión, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y hasta la fecha en que se efectuó el dictamen de pérdida de la capacidad laboral. Prueba de ello es que, desde el año mil novecientos noventa y siete (1997) hasta noviembre de dos mil once (2011) cotizó al sistema un total de doscientas treinta y ocho (238) semanas.[64] Aunque desde el año mil novecientos noventa y cuatro (1994) le fue diagnosticado VIH Sida y desde tal fecha viene presentando algunas complicaciones en su estado de salud, fue en el año dos mil once (2011) que no pudo continuar laborando y aportando al sistema y, a partir de tal fecha se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez.

Aplicando lo expuesto al asunto objeto de estudio la Sala advierte que el señor Julián si cumplía con las cincuenta (50) semanas cotizadas durante los tres (3) años anteriores a la pérdida definitiva de sus destrezas físicas y mentales.

Además, como lo indicó esta Corporación en la sentencia T-699A de 2007,[65] T-710 de 2009,[66] T-509 de 2010,[67] T-671 de 2011,[68] entre otras, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la fecha de estructuración para, con posterioridad, no tener en cuenta este periodo de cotizaciones al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Respecto de las personas que padecen VIH Sida, la Sala Segunda de Revisión indicó:

“[E]l juez constitucional no debe olvidar la especial condición de vulnerabilidad del sujeto que reclama la protección de sus derechos, y del enorme esfuerzo que, en no pocos casos, estas personas hacen al insistir en seguir cotizando al SGSS, a pesar del avance progresivo de la enfermedad y del inevitable cese de su actividad laboral ante el contundente deterioro de su salud, lo que los obliga en ese momento, a solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación. En estos eventos, la Corte constitucional ha considerado que no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales”. [69]

7.5. Por tal razón, la Sala considera que el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para obtener la pensión de invalidez por parte del peticionario debe hacerse a partir del seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), fecha en que se realizó el dictamen, ya que su pérdida de productividad y fuerza laboral ocurrió de forma gradual y no desde el momento en que se le diagnosticó la enfermedad. El señor Julián tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues (i) presenta una pérdida de su capacidad laboral del (67.20%), y (ii) en los (3) tres años anteriores a la fecha en que perdió de forma permanente y definitiva su capacidad laboral, el accionante cotizó ciento treinta y siete (137) semanas.[70]

Por lo expuesto, en la parte resolutive de esta sentencia, se revocará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Treinta y Uno (31) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), en el cual se declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Julián, y se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que dentro de los quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del señor Julián, tomando como fecha de estructuración de la invalidez el seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), fecha en la cual se llevó a cabo el dictamen de pérdida de la capacidad laboral.

8. Expediente T-4263974. Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de Alirio Durán al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que su fidelidad con el sistema no fue del (20%) en el tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en que por primera vez se calificó su estado de invalidez.

8.1. El señor Alirio Durán estuvo afiliado al sistema general de pensiones durante doce (12) años,[71] completando un total de trecientas ocho (308) semanas cotizadas.[72] Expuso, que dejó de cotizar al sistema después de un accidente cerebro vascular ocurrido el veintiocho (28) de agosto de dos mil seis (2006), que le dejó como secuela una parálisis corporal. Esta situación le impide participar del mercado laboral y, por ende, proveerse autónomamente los recursos necesarios para llevar una vida digna y atender sus

requerimientos de salud.[73]

8.2. El veinte (20) de junio de dos mil siete (2007), el accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el dictamen emitido el nueve (9) de marzo de dos mil siete (2007), por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, en el cual se había determinado que el accionante tenía una pérdida de la capacidad laboral del (67.3%) estructurada el veintisiete (27) de febrero de dos mil siete (2007).[74] Mediante resolución No. 7656 del 2007,[75] la entidad accionada negó la prestación económica al considerar que el señor Alirio Durán no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 860 de 2003, pues solo contaba con treinta y tres (33) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez[76] y acreditó un (0%) de fidelidad con el sistema en el tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en que por primera vez se calificó su estado de invalidez.

Sin embargo, en el expediente reposa otra calificación realizada el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), esto es, cuatro (4) años después del primer dictamen. En esta, la Vicepresidencia de Pensiones del ISS determinó que el señor Durán tenía una pérdida de la capacidad laboral del (69.19%), con fecha de estructuración del treinta (30) de agosto de dos mil seis (2006), esto es dos (2) días después del accidente cerebro vascular.[77]

8.3. Con base en los hechos reseñados, la Sala advierte que Colpensiones negó la pensión de invalidez al señor Alirio Durán en el año dos mil siete (2007) fundamentándose en un requisito inconstitucional, como lo es la fidelidad con el sistema. Por esto, es pertinente reiterar que tal requisito no puede exigirse por parte de las entidades encargadas del reconocimiento y pago de pensiones para poder acceder a la pensión de invalidez, toda vez que este fue declarado inexecutable por esta Corporación en la sentencia C-428 de 2009.[78] Y, como se indicó en las consideraciones de esta providencia, las diferentes Salas de Revisión han sostenido, que los efectos de dicho fallo también son aplicables a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexecutable parcial del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues se concluyó que en su redacción original, el requisito de fidelidad desde siempre fue inconstitucional, por lo que el pronunciamiento de la Corte tiene un efecto declarativo y no constitutivo.

De lo anterior, puede colegirse que al accionante se le negó la posibilidad que desde el año dos mil siete (2007) se le hubiera realizado un estudio ajustado al ordenamiento jurídico y a la normativa vigente para determinar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión. Actuación que vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Alirio Durán.

8.4. En este caso ninguna de las partes aportó al proceso la información requerida para adoptar una decisión respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez,[79] tales como: copia de la historia laboral, copia de la historia clínica del peticionario, entre otros; que permitieran a la Sala conocer con exactitud la fecha de afiliación y desafiliación del accionante al sistema, así como el número de semanas efectivamente cotizadas, la entidad accionada deberá establecer cuál es realmente la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral del accionante, teniendo en cuenta que se profirió el dictamen No. 048-07 del nueve (9) marzo de dos mil siete (2007) y el dictamen No. 8962 del siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), con respecto al mismo caso, y que entre estos hay una marcada diferencia en la fecha de estructuración de la invalidez.[80]

Entonces, con base en la fecha de estructuración que se establezca, la cual deberá obedecer a la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral del accionante, Colpensiones debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber: (i) ser una persona invalida, es decir, sufrir una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, y (ii) haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Dada la importancia de contabilizar las semanas efectivamente cotizadas al sistema y la fecha en que las mismas se efectuaron en aras de proteger la estabilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, resulta pertinente que el conteo de las semanas de cotización sea verificado con base en los datos que aparecen en la historia de afiliación del accionante.

8.5. Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga, el veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), en la que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor

Alirio Durán. En su lugar, se concederá la tutela a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, y se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, profiera un nuevo acto administrativo en el que resuelva la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Alirio Durán, sin tener en cuenta el requisito de fidelidad de cotización con el sistema, tal como fue expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

9. Expediente T-4273974. Colpensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de Andrés al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin antes haber valorado que después de la fecha en que se fijó la estructuración de la invalidez el peticionario aún conservaba su capacidad laboral y continuó haciendo sus respectivos aportes al Sistema.

9.1. El señor Andrés cotizó al sistema general de pensiones, desde el seis (6) de julio de dos mil (2000) hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), completando un total de doscientas veintinueve (229) semanas cotizadas.[81] El actor expuso que debido al delicado estado de salud en que se encuentra como consecuencia del VIH SIDA que padece, “no puede trabajar ni desarrollar ninguna actividad que implique esfuerzo”.[82]

El peticionario, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el dictamen emitido el veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012) por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, en el cual se determinó que tenía una pérdida de la capacidad laboral del (70.50%), estructurada el siete (7) de junio de dos mil (2000).[83] Mediante resolución No. 15321 del cuatro (4) de diciembre de dos mil doce (2012), Colpensiones negó la prestación económica al considerar que el peticionario no cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Esta decisión fue confirmada por medio de la resolución VPB 2315 del dieciséis (16) de julio de dos mil trece (2013),[84] en la cual la entidad agregó que los aporte efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración no pueden contabilizarse para efectos del reconocimiento pensional.

9.2. Esta Corporación ha señalado que el momento relevante en la estructuración de la invalidez de las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas,

es aquél en que la persona pierde más del (50%) de su capacidad laboral, pues la pérdida de la capacidad en este tipo de enfermedades no se presenta inmediatamente, sino de forma paulatina.

9.3. En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que el veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), fecha en la que se realizó el dictamen, es un momento determinante para la evaluación de la pérdida de la capacidad laboral del señor Palacio, porque (i) a partir de ese momento, según afirmó, no pudo continuar realizando labores lucrativas que le permitieran la satisfacción de su mínimo vital; (ii) la jurisprudencia constitucional presume que una persona que tiene una disminución física o mental deja de cotizar al sistema con fundamento en que el deterioro de la salud lo obliga a salir del mercado laboral, del cual obtenía los recursos para realizar los aportes en salud y pensiones; y, (iii) la fecha del siete (7) de junio de dos mil (2000) no coincide con el momento en el cual la salud del accionante le impidió seguir trabajando (concepción constitucional de la invalidez), sino con la fecha en la cual fue diagnosticada la enfermedad y aunque desde entonces venían presentándose algunas manifestaciones clínicas de su enfermedad, hasta el año dos mil doce (2012) dejó de laborar y aportar al sistema, y, a partir de tal fecha, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad de su estado de salud, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez.

9.4. Con fundamento en lo expuesto y en aplicación de la jurisprudencia reseñada en el acápite 5 de esta providencia, la Sala de Revisión concluye que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Andrés. En tanto, al hacer el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez, desconoció que sí cumplía con las cincuenta (50) semanas cotizadas durante los tres (3) años anteriores a la pérdida definitiva de su capacidad laboral, en tanto en la fecha en que la entidad accionada estructuró la pérdida de su capacidad laboral, el peticionario aún no había perdido en forma permanente y definitiva la misma y continuó cotizando al sistema hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), para un total de doscientas veintinueve (229) semanas cotizadas.[85] De lo que se desprende que aunque desde el año dos mil (2000) le fue diagnosticado VIH Sida,[86] y desde tal fecha viene presentando algunas complicaciones en su estado de salud, se desempeñó laboralmente hasta el año dos mil doce (2012), y, solo a partir del veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del

estado de salud, se vio en la necesidad de solicitar el estudio de su pérdida de la capacidad laboral.

Lo anterior, debido a que la entidad accionada debía tener en cuenta para determinar el derecho a la pensión, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y analizando el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez con base en la fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral.

Además, como se indicó anteriormente, en las sentencias T-699A de 2007,[87] T-710 de 2009,[88] T-509 de 2010,[89] T-671 de 2011,[90] diferentes Salas de Revisión han sostenido que no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la fecha de estructuración, para después, no tener en cuenta este periodo de cotizaciones al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

9.5. En esta medida, la Sala Primera de Revisión considera que Colpensiones debe contabilizar las semanas que fueron cotizadas después de la fecha de estructuración de la invalidez. Por tal razón, el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para obtener la pensión de invalidez por parte del peticionario debe hacerse a partir del veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), fecha en la que se calificó la pérdida de la capacidad laboral del señor Andrés, ya que el menoscabo de su productividad y fuerza laboral ocurrió de forma gradual y no desde el momento en que se le diagnosticó la enfermedad.

En esta medida, es palmario que el señor Andrés tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993,[91] pues (i) presenta una pérdida de su capacidad laboral del 70.5%, y (ii) en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha en que perdió de forma permanente y definitiva su capacidad laboral, había cotizado sesenta y cuatro (64) semanas.[92]

9.6. Por lo expuesto, en la parte resolutive de esta sentencia, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín, el veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), en la cual se negó la acción de tutela, al considerar que es el Juez Laboral el llamado a resolver esta controversia y no el juez constitucional. En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del

señor Andrés, y se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que dentro de los quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del señor Andrés.

10. Conclusión

10.2. En todo caso, cuando se acredite que la fecha de estructuración de la invalidez de las personas que padecen una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, fue establecida desconociendo el momento en el cual la pérdida de la capacidad laboral del afiliado fue permanente y definitiva, y por esto no fueron reconocidas las semanas cotizadas al sistema, el interesado tiene derecho a que tales semanas sean contabilizadas para el reconocimiento de su pensión de invalidez. Pues al tratarse de personas que pierden de forma paulatina su capacidad laboral, las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración deben ser tenidas en cuenta por el fondo encargado del reconocimiento pensional, en tanto la persona mantuvo su capacidad de trabajo y continuó aportando al sistema, hasta que su incapacidad se vuelve total.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Medellín el dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), que a su vez confirmó la providencia del veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013) expedida por el Juzgado Sexto de Familia de Medellín, en la cual se negó el amparo solicitado y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Blanca Nancy Hidalgo Nieto.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que en un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor de la

señora Blanca Nancy Hidalgo Nieto.

Tercero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el veintiocho (28) de enero de dos mil catorce (2014), en la cual se declaró improcedente la acción de tutela y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Julián.

Cuarto.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que en un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del señor Julián.

Quinto.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral de Bucaramanga, el veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), en la cual se declaró improcedente la acción de tutela y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Alirio Durán.

Sexto.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que en un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera un nuevo acto administrativo en el que resuelva la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Alirio Durán, sin tener en cuenta el requisito de fidelidad de cotización con el Sistema, tal como fue expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Séptimo.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín, el veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), en la cual se declaró improcedente la acción de tutela y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Andrés.

Octavo.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que en un término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del señor Andrés.

Noveno.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Cédula de Ciudadanía de Blanca Nancy Hidalgo Nieto No. 25.077.554, en la cual se puede constatar que nació el cinco (5) de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956) (folio 30).

[2] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en la cual consta que la señora Blanca Nancy Hidalgo se afilió al sistema el primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) y cotizó hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011), para un total de seiscientos cincuenta y una (651) semanas (folios 23 a 26 del cuaderno principal). En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[3] A folio 68 cuaderno de revisión, obra copia de la declaración rendida por Blanca Nancy Hidalgo ante la Notaría quince (15) de Medellín, en la cual declaró “que en la actualidad viv[e] en el barrio Belencito corazón [...] estrato 1, de la Ciudad de Medellín, en una casita de tablas, propia. Allí viv[e] con su compañero permanente de 90 años de edad, quien actualmente sufre de la próstata y se encuentra reducido a una cama. Declar[ó] que [se] encuentra muy enferma, [su] visión es cada vez menor, est[á] desempleada y vive de la

ayuda de las personas de buen corazón”.

[4] Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral No. 3129 del dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011), en el cual consta que con base en la historia clínica de la peticionaria se realizó la calificación de pérdida de la capacidad laboral indicando lo siguiente: “paciente con antecedente de visión subnormal en ambos ojos, con historia de oftalmología desde el 4 de agosto de 1999 que reporta agudeza visual 20/400. Epicrisis o resumen de historia clínica: por ojo izquierdo en fecha de 27/3/99 se reporta agudeza visual de cuenta dedos a 30 CMS por ambos ojos y con nota de oftalmología en la que se reporta ceguera legal” (folios 27 al 28).

[5] Folio 3.

[6] Ibídem.

[7] Folios 21 al 22.

[8] Folio 7 del cuaderno 2.

[9] Cédula de Ciudadanía de Julián, donde consta que nació el diez (10) de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974). En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[10] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en la cual consta que el señor Julián se afilió al sistema el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997) y cotizó doscientas treinta y ocho (238) semanas (folio 11 del cuaderno de revisión).

[11] Dictamen de pérdida de la capacidad laboral No. 6366 del seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), en el cual consta que la información utilizada para fundamentar la calificación de la invalidez del señor Julián fue su historia clínica. en esta se indicó lo siguiente: “antecedente de VIH C3 que requirió hospitalización el 24/06/94 por síndrome de desgaste, candidiasis, condiloma anal, linfadenopatía generalizada herpes Zoster, diarrea crónica, inició tratamiento antirretroviral. Epicrisis o resumen de Historia clínica: desde entonces hospitalizado en varias ocasiones” (folio 28).

[12] Historia Clínica de Julián , en la cual se indica que es un “paciente de 26 años que ingresa al programa de promoción y control de ETS-VIH/SIDA del Instituto de Seguro Social, el día 6 de julio de 1998; con Western positivo de junio de 1998, con los siguientes diagnósticos de ingreso: infección por VIH, condiloma anal, linfadenopatía generalizada” actualmente cursa con infección por estadio C3, según clasificación internacional del CDC de Atlanta de 1993, enfermedad crónica letal de carácter irreversible, pronóstico reservado y sin posibilidad de rehabilitación en el momento” (folios 16 al 28).

[13] “Por la cual se niega una pensión de invalidez” (folio 19).

[14] “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 6011 del 16 de noviembre de 2012” (folios 24 al 25).

[15] Según el Dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido por el ISS el siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), el señor Alirio Durán nació el siete (7) de abril de mil novecientos sesenta y uno (1961) (folio 7).

[16] En la resolución No 07656 de 2007 “Por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el sistema general de pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, se señaló que el accionante “cotizó de forma ininterrumpida un total de 308 semanas, de las cuales 33 semanas se cotizaron en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración” (folio 5).

[17] Folio 8.

[18] “Por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el sistema general de pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida” (folio 5).

[19] Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral No. 8962 del siete (7) de diciembre de dos mil once (2011) (folio 7).

[20] Cédula de Ciudadanía de Andrés No. 71.877.094, en la cual se puede constatar que nació el once (11) de noviembre de mil novecientos setenta (1970) (folio 25).

[22] Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral No. 3774 del veintiuno (21) de junio

de dos mil doce (2012), en el cual consta que para fundamentar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del accionante, el ISS se basó en su historia clínica, en la cual se indica que padece VIH-Sida estadio C3 desde el siete (7) de junio de dos mil (2000) (folio 24).

[23] “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 15321 del 4 de diciembre de 2012” (folios 9 al 10).

[24] Ver por ejemplo las sentencias T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-561 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-103 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-671 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-209 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-022 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-143 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-103 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

[25] De conformidad con el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, la acción de tutela será improcedente en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judicial al alcance del accionante. Ello significa que existiendo tales medios, corresponde al actor agotarlos antes de acudir la vía constitucional; a esto se refiere el carácter subsidiario de la acción de tutela.

[26] Sentencia T-533 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esta sentencia, se estudió una acción de tutela instaurada por una persona calificada con un (58.54%) de pérdida de la capacidad laboral con fecha de estructuración del ocho (8) de septiembre de dos mil cinco (2005), a quien el Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez argumentando que no cumplió con el requisito de fidelidad al Sistema. La Corte, consideró que la acción de tutela era procedente porque con ella se pretendía proteger el derecho al mínimo vital de un sujeto de especial protección constitucional, afirmación que no fue desvirtuada por la entidad accionada.

[27] Al respecto, se puede revisar, entre otras, la sentencia T-077 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil). En esa oportunidad se estudió la acción de tutela interpuesta por una persona enferma de SIDA, que perdió el (72.85%) de su capacidad laboral como consecuencia de su enfermedad. Por lo anterior, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez a

la AFP a la que se encontraba afiliado, entidad que le negó la prestación reclamada argumentando que no contaba con las semanas de cotización necesarias para obtener el derecho y que no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema. Luego de hacer un estudio sobre la protección constitucional especial de las personas enfermas de SIDA, la Corte concluyó que el actor tenía derecho al reconocimiento del derecho, porque la fecha en que se estructuró su enfermedad era suficientemente cercana al momento en que se modificaron los requisitos para obtener la pensión de invalidez, y el actor cumplía con los requisitos para obtener el derecho con fundamento en la normatividad anterior. En consecuencia, consideró que la decisión de negarle el reconocimiento del derecho al actor resultaba “desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. En consecuencia, tuteló los derechos del actor y ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

[28] Sentencia T-077 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[29] El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho fundamental irrenunciable, el cual debe prestarse en los términos que establezca la ley. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el sistema de seguridad social integral, que a su vez comprende el sistema general de pensiones que tiene por objeto garantizar a la población el amparo frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. En relación con la pensión de invalidez, el sistema general de pensiones consagró el reconocimiento de esta prestación a aquellas personas que hubieran cotizado al sistema o se encontraran realizando aportes y, eventualmente, sufrieran una pérdida en su capacidad laboral. Lo que se buscó con dicha norma, fue precisamente garantizar el acceso de aquellas personas disminuidas en su capacidad laboral, a una fuente de ingresos que les permitiera solventar sus necesidades vitales, ante la imposibilidad de obtener por sus propios medios y en forma autónoma, una solución económica para satisfacerlas.

[30] Ley 100 de 1993, artículo 38: “Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

[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] Sentencia C-428 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo; SPV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva). En esta sentencia, se estudió la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y se decidió: “Primero. Declarar EXEQUIBLE el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, la cual se declarará INEXEQUIBLE. Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, la cual se declara INEXEQUIBLE.” No se presentaron cargos de inconstitucionalidad contra los parágrafos 1º y 2º del mismo artículo.

[33] En todo caso, es preciso señalar que antes de proferirse la sentencia C-428 de 2009, la jurisprudencia de esta Corporación había inaplicado el requisito de fidelidad al sistema en el control de constitucionalidad concreto realizado por diversas salas de revisión, doctrina que resultaba vinculante para los jueces de tutela, y que, con posteridad al citado fallo, diferentes salas de revisión han sostenido que los efectos de la sentencia son aplicables a situaciones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez es anterior a la declaratoria de inexequibilidad parcial, por cuanto el texto del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en su redacción original, y respecto al requisito de fidelidad, es contrario al principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social, y lo que hizo el estudio de constitucionalidad fue “corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución”.

[34] Sentencia T-609 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En esta sentencia, la Corte estudió el caso de una persona a quien se le había calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al (50%), con fecha de estructuración anterior a la

declaratoria de inexequibilidad del requisito de fidelidad al sistema por parte de la Corte Constitucional, a quien le fue negada la pensión de invalidez por no cumplir con dicho requisito. La Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales del actor y ordenó al Instituto de Seguros Sociales que le reconociera su pensión de invalidez, porque consideró que el requisito de fidelidad al sistema no puede ser exigido a los afiliados que solicitaran el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-822 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-846 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-924 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-266 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-615 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-113 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T- 064 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa).

[35] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[36] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[37] El artículo 3° del Decreto 917 de 1999 “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995” establece: “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.”

[38] MP Rodrigo Escobar Gil. En el caso concreto la Sala Cuarta de Revisión concedió el amparo aplicando la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que para la fecha no había sido declarado exequible por esta Corporación, en cuanto al número mínimo de semanas exigidas por la norma reformativa de la Ley 100 de 1993. Consideró la Sala que por aplicación del principio de progresividad, el actor tenía derecho a que se exigiera el cumplimiento de las semanas mínimas de cotización que exigía la norma en vigencia de la cual el actor efectuó el mayor número de semanas al sistema (Ley 100 de 1993). En esta medida, la Corte advirtió que el accionante reunía los requisitos para acceder a la pensión de invalidez conforme a la Ley 860 de 2003, por cuanto después de

efectuado la calificación, él continuó cotizando al sistema general de pensiones, y que esas semanas, conforme a las consideraciones esbozadas, no podían ser desconocidas. Dijo al respecto la Sala: “[R]esulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que hubiese cumplido los requisitos del régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez y que, en todo caso, después de la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta cuando la misma fue calificada, aproximadamente 6 meses después, continuó ejerciendo la actividad laboral y cotizando al sistema, de modo que a la fecha de calificación de la invalidez ya contaba con más de las 50 semanas de aportes exigidas por la normatividad vigente a ese momento”.

[39] MP Juan Carlos Henao Pérez. En esta ocasión la Corte Constitucional tuteló los derechos a la seguridad social, al debido proceso, a la dignidad humana y al mínimo vital del señor XXX. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al accionante la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento.

[40] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[41] MP Nilson Pinilla Pinilla.

[42] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[43] “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”.

[44] MP María Victoria Calle Correa.

[46] Corte Constitucional, sentencias T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-561 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-103 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-671 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-427 de 2012 y T-022 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa).

[47] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en la cual consta que la señora Blanca

Nancy Hidalgo se afilió al sistema el primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) y cotizó hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011), para un total de seiscientos cincuenta y una (651) semanas (folios 23 a 26).

[48] Folios 27 al 28.

[49] A folios 21 al 22, obra la resolución GNR 211220 del veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013) “por la cual se niega una pensión de invalidez”.

[50] Folio 3.

[51] Ibídem.

[52] Folio 2.

[53] En declaración rendida por la peticionaria, manifestó que su cónyuge es una persona de noventa (90) años de edad que tiene problemas de próstata y actualmente se encuentra postrado en la cama (folio 68 del cuaderno de revisión).

[54] Folios 27 al 28.

[55] En la sentencia T-428 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), a propósito del caso de una mujer que sostenía que la fecha de estructuración de su invalidez se presentó en un momento anterior (año 2007) al fijado en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral (año 2009), por cuanto el que ella consideraba determinante para la estructuración de su invalidez, guardaba relación con la pérdida de la facultad para caminar (la accionante sufría de esclerosis), la Sala Primera de Revisión dijo: “(...) tampoco hay certeza de que su invalidez se hubiera estructurado el 17 de diciembre de 2009, como se afirma en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por Seguros Alfa S.A., ya que la invalidez a esa fecha corresponde al 66.3%. Por lo tanto, la señora López pudo haber perdido más del 50% de su capacidad laboral en una fecha anterior a ese dictamen, debido a que la esclerosis múltiple es una enfermedad degenerativa. Así, la fecha relevante para establecer si la actora tiene derecho a la pensión de invalidez no es aquella en que perdió el 66.3%, sino la fecha en que perdió más del 50% de su capacidad laboral, ya que es a partir de ese momento en el que se debe contabilizar los tres años en los cuales se debieron aportar más de 50 semanas. Por lo anterior, aunque la Sala no encuentra evidencia

suficiente para establecer la fecha en que la actora perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, lo que le impide proteger en forma permanente sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, sí tiene razones para suponer que la tutelante pudo haber perdido su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% antes del 17 de diciembre de 2009”.

[56] MP Humberto Antonio Sierra.

[57] Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral No. 3129 del dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011), en el cual consta que con base en la historia clínica de la peticionaria se realizó la calificación de pérdida de la capacidad laboral indicando lo siguiente: “paciente con antecedente de visión subnormal en ambos ojos, con historia de oftalmología desde el 4 de agosto de 1999 que reporta agudeza visual 20/400. Epicrisis o resumen de historia clínica: por ojo izquierdo en fecha de 27/3/99 se reporta agudeza visual de cuenta dedos a 30 CMS por ambos ojos y con nota de oftalmología en la que se reporta ceguera legal” (folios 27 al 28).

[58] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en la cual consta que la señora Blanca Nancy Hidalgo se afilió al sistema el primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) y cotizó hasta el treinta y uno (31) de julio de dos mil once (2011), para un total de seiscientos cincuenta y una (651) semanas (folios 23 a 26 del cuaderno principal). En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[59] A folios 69 al 91 cuaderno de revisión, obra copia de la historia clínica de la señora Blanca Nancy Hidalgo Nieto.

[60] Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 39. “Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: || 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. [...]”

[61] Folio 22.

[62] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en la cual consta que el señor Julián se afilió al sistema el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997) y cotizó doscientas treinta y ocho (238) semanas (folio 11 del cuaderno de revisión).

[63] “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 6011 del 16 de noviembre de 2012” (folios 24 a 25).

[64] folio 11 del cuaderno de revisión.

[65] MP Rodrigo Escobar Gil.

[66] MP Juan Carlos Henao Pérez.

[67] MP Mauricio González Cuervo.

[68] MP Humberto Sierra Porto.

[69] Sentencia T-509 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo). En esta oportunidad la Sala Segunda de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra del ISS. El accionante señaló que comenzó a cotizar a pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales -ISS, desde el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992) y el veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996),

la dependencia de Medicina Laboral de la EPS del ISS, emitió el dictamen médico No. 413, en el que determinó que el accionante presentaba una pérdida de capacidad laboral del sesenta por ciento (60%), con fecha de estructuración el diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Con este dictamen, el accionante elevó una petición el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996) al ISS, solicitando el reconocimiento de la respectiva pensión de invalidez. Sin embargo, mediante Resolución No. 016284 del doce (12) de septiembre de ese mismo año, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado, negó el reconocimiento pensional solicitado, argumentando que en tanto la invalidez se había estructurado el diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), a la luz de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), norma aplicable al caso concreto, el accionante tan solo había cotizado sesenta y siete (67) semanas en los seis (6) años anteriores a la estructuración de su invalidez, no reuniendo las ciento cincuenta (150) semanas que exigía la norma, e incluso, no

cumpliendo tampoco con las trescientas (300) semanas en cualquier época anterior a dicha invalidez[5]. De igual forma, se negó la indemnización sustitutiva al no reunir las cien (100) semanas, que para el efecto exigía el referido decreto. En esta ocasión, la Corte insistió en que “la jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en indicar que la situación de las personas afectadas por VIH-SIDA es particularmente especial por dos (2) razones: en primer lugar, por la progresividad y el nivel de afectación que tiene esta enfermedad en la salud y calidad de vida de quien la padece, y en segundo lugar, por la capacidad de que esta enfermedad genere un rechazo familiar o social”. En esta medida, amparó los derechos fundamentales del accionante, y ordenó al ISS iniciar todas las actuaciones tendientes a reconocer y pagar la pensión de invalidez.

[70] Folios 11 al 17 del cuaderno de revisión.

[71] En el dictamen médico laboral la Vicepresidencia de Pensiones del ISS indicó que el accionante lleva doce (12) años afiliado al ISS (folio 4).

[72] En la resolución No 07656 de 2007 “Por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el sistema general de pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, se señaló que el accionante “cotizó de forma ininterrumpida un total de 308 semanas, de las cuales 33 semanas se cotizaron en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración” (folio 5).

[73] Folio 2.

[74] Folios 27 al 28.

[76] Según consta en la información contenida en la resolución No. 07656 de 2007, expedida por el ISS, el accionante (folios 4 a 7).

[77] Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral (folio 7).

[78] MP Mauricio González Cuervo; SPV María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

[79] Mediante auto de pruebas del diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014) proferido por la Sala Primera de Revisión, se solicitó al señor Alirio Durán y a Colpensiones

allegar información pertinente para poder tomar una decisión en el caso objeto de análisis: “Séptimo.- Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR al señor Alirio Duran (expediente T-4263974), para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la comunicación del presente Auto, REMITA a esta Corporación: (i) Copia de la historia clínica donde conste con claridad como ha sido la evolución de su estado de salud desde el momento en que tuvo el accidente cerebro vascular el 28 de agosto de 2006. (ii) Copia de los documentos donde consten las actuaciones surtidas desde el año 2007 hasta el año 2014, relativas a la solicitud pensional y a su pérdida de la capacidad laboral. (iii) Allegar información en la cual conste cual es su situación económica y habitacional actual, por quienes está conformado su núcleo familiar. Indicar de donde deriva sus ingresos económicos”. Y “Noveno.- Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, OFICIAR a Colpensiones, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la comunicación del presente Auto, REMITA a esta Corporación: [...] (ii) Copia de la historia laboral del señor Alirio Duran (expediente T-4263974)”. Vencido el término de recepción de pruebas no se recibió en esta Corporación la información solicitada.

[80] Folios 4 y 7.

[81] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en la cual consta que Andrés se afilió al sistema el seis (6) de julio de dos mil (2000) y actualmente se encuentra cotizando al sistema (folios 11 al 14).

[82] Folio 8.

[83] Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral No. 3774 del veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012), en el cual consta que para fundamentar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral la entidad accionada se basó en la historia clínica allegada por el petitionario en la cual se indica que padece VIH-SIDA estadio C3, desde el siete (7) de junio de dos mil (2000) (folio 24).

[84] “Por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la resolución 15321 del 4 de diciembre de 2012” (folios 9 al 10).

[85] Reporte de semanas cotizadas en pensiones, en el cual consta que Andrés se afilió al

sistema el seis (6) de julio de dos mil (2000) y la última cotización efectuada fue el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013) (folios 11 al 14).

[86] En el dictamen sobre la determinación de pérdida de la capacidad laboral, el ISS señaló que desde el siete (7) de julio de dos mil (2000) el peticionario se encuentra en el estadio C3 de la enfermedad.

[87] MP Rodrigo Escobar Gil.

[88] MP Juan Carlos Henao Pérez.

[89] MP Mauricio González Cuervo.

[90] MP Humberto Antonio Sierra Porto.

[91] Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 39. “Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: || 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. [...]”

[92] Folio 11.