

Sentencia T-510/14

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS PENSIONALES-Improcedencia general/ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE ACREENCIAS PENSIONALES-Presupuestos constitucionales sobre la procedencia

La acción de tutela, en principio, es improcedente para lograr el reconocimiento y pago de pensiones, salvo que se presente alguna de las siguientes condiciones: i) que la negativa al reconocimiento de la pensión se origine en actos que, en razón a su contradicción con preceptos superiores, puedan desvirtuar la presunción de legalidad; ii) que la negativa de reconocimiento pensional vulnere o amenace un derecho fundamental; y iii) que la tutela sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Así, ante la presencia de una de las tres condiciones reseñadas, se amerita la intervención del juez de tutela, puede proceder para garantizar el derecho a la seguridad social invocado.

SERVICIO MILITAR-Naturaleza

ACUMULACION DE TIEMPO Y SEMANAS COTIZADAS PARA PENSION DE VEJEZ DE QUIENES PRESTARON EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Recuento normativo y jurisprudencial

TIEMPO DE PRESTACION DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Debe computarse como tiempo de servicio válido para trámite de pensión de invalidez

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es un derecho fundamental susceptible de protección mediante la acción de tutela, cuando la persona que padece una enfermedad degenerativa, cumple con los requisitos legales para su otorgamiento con el propósito de garantizar la dignidad del enfermo o portador, su subsistencia y la protección de los posibles derechos fundamentales comprometidos.

CALIFICACION DE INVALIDEZ-Dictamen sobre pérdida de capacidad laboral

FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Concepto

La pérdida de capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley, a partir de tal dictamen se determina la condición de la persona, indicándose el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía, de modo que se le asigna un valor a cada uno de estos conceptos, lo cual determina un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez. Frente al tema específico de la fecha de estructuración de invalidez, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, la define como “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva”. La cual debe “documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica”, y puede ser “anterior o corresponder a la fecha de calificación”.

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

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Vulneración por negar pensión al no contabilizar el tiempo de servicio militar obligatorio para efectos del reconocimiento

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Aplicación del art. 40 de la ley 48 de 1993, para efectos pensionales

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Vulneración por negar pensión sin tener en cuenta semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden al Fondo de Pensiones reconozca pensión de invalidez

Referencia: expediente T-4.281.084

Acción de tutela instaurada por Dairo Alberto Anaya Atencia contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida el veinticinco (25) de noviembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado 5 Civil Municipal de Bucaramanga, en la acción de tutela incoada por Dairo Anaya Atencia contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A[1].

I. ANTECEDENTES

Dairo Alberto Anaya Atencia interpuso acción de tutela en contra de PROTECCIÓN S.A. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de personas en condiciones de discapacidad.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

I. Hechos

El señor Dairo Alberto Anaya Atencia se vinculó por medio de contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o la labor determinada a la empresa Organización Servicios y Asesoría Ltda. el 19 de noviembre de 2009. Fecha en la cual se realizó los exámenes médicos de ingreso laboral mediante los cuales se declaró apto para trabajar.

Ocho meses después de su vinculación le fue diagnosticado carcinoma testicular o cáncer en testículo derecho, por lo cual le ordenaron 25 días de incapacidad inicialmente.

El 13 de diciembre de 2011, la Compañía de Seguros Bolívar S.A. en calidad de aseguradora del seguro previsional de PROTECCIÓN S.A. profirió dictamen sobre pérdida de capacidad laboral del señor Anaya Atencia, asignando un porcentaje del 56.75% con fecha de estructuración el 21 de julio de 2010. Fundamentó su decisión en el hecho de que esa fue la fecha en que inició el periodo de incapacidades médicas a causa de su patología con carácter permanente.

El trece 13 de abril de 2011, presentó solicitud de pensión de invalidez ante ING Pensiones y Cesantías ahora PROTECCIÓN S.A. por considerar tener derecho a dicha prestación.

PROTECCIÓN S.A., a través de notificación No. DBP-0229-12[2] del 12 de enero de 2012, negó al accionante el derecho a la pensión de invalidez. Argumentó que el asegurado no acreditó el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, razón por la cual no era procedente el reconocimiento de la prestación solicitada.

La entidad accionada no tuvo en cuenta para el cómputo de las semanas legalmente exigidas, la certificación emitida por el Ejército Nacional que da cuenta del periodo comprendido entre el diez 10 de abril de 2007 y el 13 de septiembre de 2009, el cual equivale a 124.85 semanas cotizadas durante la prestación del servicio militar obligatorio.

Por lo anterior, solicita se conceda la pensión de invalidez al ser un sujeto de especial protección por encontrarse en estado de debilidad manifiesta debido a que padece de cáncer testicular y no contar con ingresos que le permitan una subsistencia en condiciones dignas.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado 5 Civil Municipal de Bucaramanga, mediante sentencia del veinticinco (25) de noviembre de dos mil trece (2013), negó por improcedente la acción de amparo. Lo anterior, en atención a que el accionante puede acudir a un proceso ordinario laboral ante la jurisdicción competente. Estimó que en atención al artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el tiempo durante el cual el actor estuvo vinculado a las Fuerzas Armadas no puede tenerse en cuenta en razón a que la norma estipula que el referido tiempo de servicio militar solo

será computado para efectos de cesantías, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad, adicionalmente, consideró que en el presente caso no se cumple el requisito de inmediatez para que la tutela sea procedente.

Pruebas relevantes que reposan en el expediente

Pruebas obrantes en el expediente:

- Copia del dictamen de calificación de pérdida de capacidad Laboral proferido por Seguros Bolívar[3].
- Copia del formulario de dictamen para la calificación de la invalidez[4].
- Copia de la respuesta al derecho de petición en el cual se solicitó la pensión de invalidez[5].
- Copia del contrato de trabajo suscrito entre el accionante y la empresa Organización Servicios y Asesorías Ltda.[6].
- Copia del formulario único de afiliación al régimen contributivo[7].
- Copia del certificado de aportes efectuados a nombre del señor Dairo Alberto Anaya Atencia identificado con cedula de ciudadanía número 1096185753, de los periodos comprendidos entre noviembre de 2009 y noviembre de 2013[8].
- Copia de la certificación del tiempo de servicio militar obligatorio de la Dirección de Personal del Ejército Nacional[9].

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela esta Corporación debe determinar si la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la vida digna del señor Dairo Alberto Anaya Atencia, una persona con una pérdida de capacidad laboral del 56.75%, quien fue diagnosticado con cáncer testicular, por no reconocer y pagar a su favor la pensión de invalidez conforme al régimen previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al considerar que el accionante no reúne el número mínimo de semanas de cotización requeridas en dicho régimen y debe contabilizarse el tiempo correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio

Para establecer si en efecto se produjo la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, esta Sala examinará los siguientes asuntos: i) procedencia de la acción de tutela para reclamar acreencias pensionales; ii) naturaleza del Servicio Militar; iii) el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio debe ser contabilizado como tiempo de servicio válido en el trámite de mesadas pensionales. Reiteración de jurisprudencia; iv) derecho de pensión de invalidez cuando se está frente a enfermedades de carácter progresivo o degenerativo; v) calificación de la invalidez y su fecha de estructuración como requisito indispensable para obtener el reconocimiento y pago de una pensión y, v) por último, se resolverá el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela para reclamar acreencias pensionales

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la tutela es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales que procede de manera excepcional, es decir, “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por lo anterior, cuando se interpone una acción de este tipo, pero existen mecanismos ordinarios de defensa, orientados a la garantía de los derechos fundamentales, el juez constitucional debe analizar su eficacia para establecer si procede o no la acción de tutela.

Así, tratándose del reconocimiento y pago de derechos pensionales, los ciudadanos cuentan con recursos en la vía ordinaria o contencioso administrativa, razón por la cual, por regla general, la acción de tutela no es procedente. Al respecto, la Corte Constitucional en

sentencia T-1058 de 2004, estableció que en principio no le corresponde a la jurisdicción constitucional en sede tutela conocer sobre las controversias suscitadas con ocasión del reconocimiento de derechos pensionales, toda vez que se trata de prestaciones de orden legal para cuya definición existen en el ordenamiento jurídico otras instancias, medios y procedimientos administrativos y judiciales ordinarios eficaces para la protección de las mismas.

Sin embargo, también ha señalado esta Corporación que la anterior regla puede ser inaplicable “cuando lo que se pretenda sea la protección de derechos de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta (...), caso en el cual la intervención o participación del juez constitucional es necesaria para proteger derechos de carácter esencial cuando se presenta vulneración de un derecho fundamental”[10].

De forma tal que la acción de tutela, en principio, es improcedente para lograr el reconocimiento y pago de pensiones, salvo que se presente alguna de las siguientes condiciones[11]: i) que la negativa al reconocimiento de la pensión se origine en actos que, en razón a su contradicción con preceptos superiores, puedan desvirtuar la presunción de legalidad; ii) que la negativa de reconocimiento pensional vulnere o amenace un derecho fundamental; y iii) que la tutela sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Así, ante la presencia de una de las tres condiciones reseñadas, se amerita la intervención del juez de tutela, puede proceder para garantizar el derecho a la seguridad social invocado[12].

Ahora bien, esta Corporación también ha señalado que, la tutela podrá otorgar la prestación de manera transitoria o definitiva[13]. La primera opción procede cuando existe por la gravedad y urgencia es necesaria una decisión, al menos con efectos temporales, para evitar un perjuicio irremediable[14]; la segunda, cuando se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente no es idóneo para solicitar la prestación o resulta ineficaz para dirimir las controversias[15].

Naturaleza del Servicio Militar

En nuestro ordenamiento jurídico el servicio militar obligatorio se ha considerado como un

deber de todo ciudadano colombiano[16].

La Corte Constitucional, ha precisado que el servicio militar obligatorio constituye, de una parte, una obligación de los colombianos de naturaleza constitucional, basada en el principio de solidaridad social consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política[17] y en los compromisos que éstos tienen para con la sociedad. Al respecto esta Corporación en sentencia T-363 de 1995 concluyó que “...corresponde a exigencias mínimas derivadas del deber genérico impuesto a los nacionales respecto del sostenimiento y defensa de la soberanía, la guarda del orden institucional y el mantenimiento del orden público...” y, de otra, un derecho exigible por la Patria[18]; en desarrollo del postulado según el cual los intereses colectivos prevalecen sobre los individuales. Por lo anterior, implica que el Estado al recibir los servicios en mención, está obligado a garantizar el imperio del principio de igualdad de las personas ante la ley, en el tratamiento a los servidores conscriptos. Agrega la Corte que “se trata de un deber en abstracto, cuyos contenidos concretos están sometidos a la Constitución y a la ley.”, y que su objetivo es “...apoyar a las autoridades democráticas, mantener la independencia y la integridad nacional, defender el territorio y la soberanía nacional, colaborar en la defensa de la convivencia pacífica, el mantenimiento de la paz y la efectiva vigencia de las instituciones”[19]

La Constitución Política en el inciso segundo del artículo 216 plantea:

“Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (...)”

Por su parte, la ley 48 de 1993[20], prescribe que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y exenciones que establezca la presente ley.” (art. 3°); y, que “todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes (sic) definirán cuando obtengan su título de bachiller.” (art. 10[21]);

Según el inciso final del artículo 216 constitucional, corresponde a la ley determinar las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas para la prestación del mismo[22]. Respecto de estas ha precisado la Corte que “frente al mandato

genérico y coercitivo que existe para los colombianos varones a fin de que definan su situación militar' es razonable y proporcional 'que el Estado se responsabilice de sus jóvenes reclutados proporcionándoles atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas de salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar, entre otros, desde el día de su incorporación, durante el servicio y hasta la fecha del licenciamiento"[23].

En desarrollo del mandato del Constituyente el servicio militar está sujeto a los postulados constitucionales, respeto de los derechos fundamentales y de las libertades básicas de los llamados a filas[24] el cual genera prerrogativas según lo previsto en el artículo 216, las cuales, de conformidad con la exposición de motivos de la ley 48 de 1993 se reconocen durante la prestación del servicio y después del mismo, están encaminadas a "...estimular a la juventud en relación con esta obligación ciudadana en defensa de la soberanía nacional y así, hacer más atractivo el servicio militar"[25].

El tiempo de prestación del servicio militar obligatorio debe ser contabilizado como tiempo de servicio válido en el trámite de mesadas pensionales. Reiteración de jurisprudencia[26].

En sentencia T-063 de 2013 esta Corporación realizó un recuento normativo y jurisprudencial del tratamiento jurídico del tiempo y semanas cotizadas de quienes prestaron el servicio militar obligatorio para acceder a acreencias pensionales. En este sentido, la Corte estableció que el tiempo destinado a la prestación de dicho servicio debe ser tenido en cuenta al momento de establecer si se cumplen o no con los requisitos para acceder a la pensión.

Por la pertinencia del análisis allí expuesto a continuación se expondrá, en breve, los aspectos más relevantes.

En cuanto al desarrollo normativo, el artículo 46 de la Ley 2 de 1945, reconocía a los integrantes de las fuerzas militares, incluso a los soldados, el derecho a que el tiempo destinado al ejercicio de dicha labor se contabilizara para el cálculo de la pensión de vejez, desde el mismo momento del ingreso[27].

Más adelante, el Decreto 2400 de 1968[28], en el artículo 24, dispuso que "[C]uando un empleado del servicio civil es llamado a prestar el servicio militar obligatorio, sus

condiciones como empleado en el momento de ser llamado a filas no sufrirá ninguna alteración, quedará exento de todas las obligaciones anexas al servicio civil y no tendrá derecho a recibir remuneración. Terminado el servicio militar, será reintegrado a su empleo. Para efectos de cesantía y pensión de retiro, no se considera interrumpido el trabajo de los empleados que sean llamados a prestar servicio militar obligatorio (...)” (subrayas fuera de texto).

Esta disposición fue reglamentada a través del artículo 101 del Decreto 1950 de 1973[29], en el que se señaló que el tiempo de servicio militar sería tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad[30].

Este régimen se mantuvo con la expedición de la Constitución Política de 1991, en la cual su artículo 216 se dispuso que: “[T]odos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones políticas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

Como desarrollo de este mandato constitucional, se expidió la Ley 48 de 1993 que regula el servicio de reclutamiento y movilización, cuyo artículo 40 señala que:

“AL TERMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos: a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley. (...)” (subrayas fuera del texto).

Con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 se consagró un régimen en el cual las cotizaciones y los aportes efectivamente realizados al sistema, eran requisito para acceder al reconocimiento de una pensión de vejez[31], sin embargo, en algunos regímenes especiales -cuya vigencia se mantiene por virtud del régimen de transición- se estableció como requisito la acumulación de un determinado tiempo de servicio.

Con base en el recuento normativo realizado, la Sala Tercera de Revisión advirtió en la sentencia T-063 de 2013 que en dichas disposiciones se hace referencia al cómputo del

“tiempo de servicio militar”, lo que implica –en principio– la obligación de acumular al “tiempo de servicio”, como requisito previsto en algunos regímenes para tener derecho a la pensión de vejez, el tiempo destinado a la prestación del servicio militar obligatorio. Asimismo, analizó a la luz de los nuevos postulados introducidos por la Ley 100 de 1993, la vigencia y aplicación del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, para lo cual señaló los principales pronunciamientos en los que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en los cuales se han referido a la obligación que tienen las entidades que reconocen la pensión de vejez de contabilizar las semanas durante las cuales se prestó el servicio militar obligatorio y su compatibilidad con el régimen previsto en la Ley 100 de 1993.

Jurisprudencia del Consejo de Estado. Señaló que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 24 de julio de 2002, sostuvo que “El colombiano que es llamado a prestar el servicio militar ostenta la condición de servidor de la patria, por lo cual el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 dispone que al término del mismo tendrá derecho a que por las entidades del Estado de cualquier orden, el respectivo tiempo le sea computado para efectos de cesantía, pensiones de jubilación y de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley. Definida la obligación por el legislador de reconocer y pagar los beneficios ya mencionados, se omitió regular lo relacionado con la entidad oficial encargada de asumirlos, el salario base y los factores salariales que se deben tomar en cuenta para el reconocimiento, como también, ante el sistema pensional implantado por la Ley 100 de 1993, la entidad responsable del pago de las cotizaciones por el tiempo en que sin remuneración se prestó el servicio militar. Sin embargo, a juicio de la Sala esto no constituye obstáculo para dar cumplimiento al mandato legal, pues del texto legal resulta que los beneficios concedidos están a cargo del Estado.

“Para efectos de la liquidación de las cotizaciones para pensiones, ante la evidencia de que la ley no fijó remuneración durante el tiempo de prestación del servicio militar, considera la Sala que debe ser el salario mínimo legal mensual el que se debe tener en cuenta, atendiendo que este elemento sirve de referencia al legislador no sólo para la liquidación de las pensiones y la base de las cotizaciones –los artículos 18 y 35 de la Ley 100 de 1993, respecto de la base de cotización y del monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación, disponen que en ningún podrán ser inferiores al monto del salario mínimo legal mensual vigente–, sino de las propias prestaciones de los conscriptos, como ocurre con la subvención de transporte dada al colombiano que se encuentre prestando servicio militar

obligatorio equivale al 100% del salario mínimo mensual vigente (artículos 39.b. de la ley 48 de 1993 y 44.b) del Decreto 2048 de 1993) y con la “...última bonificación -la cual- será el equivalente a un salario mínimo mensual vigente.” (Artículo 39.f de la Ley 48 de 1993)”[32].

En este mismo concepto, en relación con la forma de computar el tiempo de prestación del servicio militar para efectos pensionales, la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó que la Ley 48 de 1993 “fue proferida con antelación a la expedición de la ley 100 del mismo año y que con anterioridad a la vigencia de ésta, las pensiones de jubilación y de vejez se reconocían con fundamento en el tiempo de servicio, en tanto que, a la luz de la nueva normatividad, lo que impera son las cotizaciones o los aportes al nuevo sistema de seguridad social”. Ante esta realidad y con el fin de determinar la procedencia de la prerrogativa prevista en el artículo 40 de la citada Ley 48 de 1993, la Sala planteó dos hipótesis, a saber:

“1. Que se trate de una persona cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En este caso el cómputo no ofrece problema alguno, se repite, el régimen anterior se basaba en tiempo de servicios y no en cotizaciones[33], así la pensión se liquidará en aplicación del inciso tercero ibídem.[34]

b) Que el servicio militar sea prestado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, antes o después de la vinculación laboral de la persona con el Estado. En tal caso, si se afilia bien al régimen de ahorro individual con solidaridad ora al de prima media con prestación definida, corresponderá al Ministerio de Hacienda hacer los correspondientes aportes tomando como referencia el salario mínimo legal vigente, según lo expuesto.

Sin embargo, se reitera, es al legislador a quien corresponde adecuar el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 a los mandatos de la Ley 100; mientras tanto, una buena forma de armonizar las disposiciones citadas con el nuevo sistema de seguridad social, es aplicando los criterios que se han dejado expuestos, con el fin de dar efectividad a las prerrogativas consagradas por el legislador a favor de quienes prestan el servicio militar”.

Con posterioridad, en concepto del 1º de julio de 2004, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, con ocasión de la expedición de la Ley 797 de 2003, que prohíbe la sustitución de semanas

de cotización o de tiempo de servicio con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempos de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Sobre la materia objeto de consulta, la citada autoridad señaló que:

“Si bien la ley 100 de 1993 derogó todas las disposiciones que le fueron contrarias (art. 289) tal derogatoria tácita, en términos del artículo 3o. de la ley 153 de 1887[35], no afecta la vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, pues los beneficios por él otorgados constituyen desarrollo de precepto superior, que ordena conceder prerrogativas especiales, como incentivo, por el cumplimiento de un deber constitucional. Por tanto, el tiempo de servicio militar se computa para efecto de derechos pensionales tanto en el Régimen General de Seguridad Social como en el especial de las Fuerzas Militares, incluido el del personal de soldados profesionales[36], pues la preceptiva del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 se refiere de modo genérico a “todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio”, de donde se infiere que la efectividad del beneficio opera de manera automática una vez se haga valer para el reconocimiento de derechos pensionales, bien en el Régimen General como en el propio de la fuerza pública. Estos son derechos que adquieren quienes prestan el servicio militar obligatorio”[37].

Finalmente, esta controversia fue objeto de un nuevo pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, previo ejercicio de una acción tutela y la Subsección B, Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 3 de febrero de 2011, declaró sin efecto y valor una sentencia ordinaria proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el que se negó el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes porque “El Tribunal Administrativo de Antioquia en el fallo acusado, consideró, equívocamente, que el Cabo Segundo (póstumo) Elider de Jesús Maya Ramírez no había cotizado el número de semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 para que la accionante tuviera derecho a la pensión de sobrevivientes, pues, con total desconocimiento del ordenamiento jurídico no dio aplicación al artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el cual expresamente señala que el tiempo de servicio militar obligatorio debe ser contabilizado para efectos del reconocimiento de pensiones, de manera que, deben tenerse en cuenta las 10 semanas durante las cuales el causante prestó sus servicios como soldado profesional, pero adicionalmente las 72 semanas de en las cuales ostentó la calidad de soldado regular”.

La Corte Constitucional en la sentencia T-063 de 2013, señaló que “las decisiones del Consejo de Estado han admitido la vigencia de la prerrogativa consagrada en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, incluso con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de las modificaciones realizadas con la Ley 797 de 2003, en la que se impuso el principio de la obligatoriedad de las cotizaciones. En este sentido, también se ha planteado una distinción entre las pensiones que se reconocen con fundamento en el tiempo de servicios, frente a aquellas en las que impera el régimen de cotizaciones”.

En cuanto a las primeras, reiteró que el reconocimiento y liquidación de la pensión se debe tener en cuenta el “tiempo de servicio militar” y, frente a las segundas, planteó que frente al evento en que “el servicio militar sea prestado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, antes o después de la vinculación laboral de la persona con el Estado. En tal caso, si se afilia bien al régimen de ahorro individual con solidaridad ora al de prima media con prestación definida, corresponderá al Ministerio de Hacienda hacer los correspondientes aportes tomando como referencia el salario mínimo legal vigente, según lo expuesto.”

Finalmente allí se desatacó que, como lo indicó el Consejo de Estado “no es proporcional, en un Estado Social de Derecho como el nuestro, que las autoridades judiciales desconozcan los derechos de aquellos quienes, en cumplimiento de un deber legal y constitucional arriesgan su vida por servir a la patria”.

En la misma decisión de tutela esta Corte expuso el alcance que sobre este mismo tema ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de lo cual cabe destacar la Sentencia T-275 de 2010, en donde esta Corporación se pronunció sobre la aplicación en el tiempo del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, en el sentido que aun cuando podía alegarse que la Ley 48 de 1993 sólo aplicaba a hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia, se concluyó que el marco normativo previsto en el artículo 40 de la citada ley, en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, se extendía a situaciones ocurridas con anterioridad a su publicación, esto es, incluía en sus efectos a todo colombiano que prestó el servicio militar, sin importar la fecha en que se llevó a cabo dicha prestación. Al respecto, se indicó que: “por lo anterior, se observa una alternativa interpretativa que defiende la extensión de este beneficio a otras normas previas a la Ley 100 de 1993, que sí considera al cómputo como instrumento aplicable a la definición de pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Ahora bien, en armonía con el principio de favorabilidad, lo

más justo sería hacer extensiva la disposición de la Ley 100 de 1993, sobre la acumulación de aportes hechos bajo uno y otro régimen para la consolidación del capital necesario para el otorgamiento de la pensión”.[38]

También recordó la Sala que esta Corporación se pronunció sobre el cómputo del tiempo prestado en el servicio militar para efectos pensionales en la Sentencia T-181 de 2011. En dicha oportunidad, a partir del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 1° de julio de 2004, la Corte concluyó que:

“Ahora, esta norma ha sido aplicada recientemente por el Consejo de Estado indicado (sic) que el beneficio consignado en el numeral (a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, debe entenderse, en el sentido de que todo ciudadano que haya prestado el servicio militar obligatorio tiene derecho a que las entidades públicas contabilicen ese término como tiempo útil para reconocerle la pensión de jubilación[39]. Ahora, estas validaciones de tiempo de servicio las ha hecho en casos en que el régimen aplicable ha sido la Ley 33 de 1985, que es bien sabido que el requisito es de tiempo de servicio.

(...)Por todo lo anterior, la Sala concluye que el numeral (a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo prestado al Estado durante el servicio militar debe ser computado en regímenes pensionales en que el requisito sea tiempo de servicio.”

A modo de conclusión, en la sentencia T-063 de 2013 se señaló que “los pronunciamientos de este Tribunal no son unánimes cuando se está ante un ciudadano que es beneficiario de la Ley 100 de 1993 o de regímenes especiales, en los que sea exigible el principio de cotización efectiva. En esta última hipótesis, como se observa del recuento jurisprudencial realizado, solamente en la sentencia T-181 de 2011 se planteó una eventual incompatibilidad entre la prerrogativa prevista en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 y la sostenibilidad del sistema”.

Con fundamento en lo expuesto, en la sentencia en mención, la Sala Tercera de Revisión, indicó que el argumento que conduciría a negar la aplicación de la citada Ley 48 de 1993, frente a pensiones que se rigen por el principio de cotización efectiva, basado exclusivamente en la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

i) “Porque se ha admitido de forma unánime tanto por la jurisprudencia de la Corte, como por los pronunciamientos del Consejo de Estado, que la prerrogativa prevista en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 tiene una vocación de aplicación general y universal, por lo que cobija a todo ciudadano que haya prestado el servicio militar, incluso si el mismo se llevó a cabo con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma.

ii) Una distinción como la propuesta, cuyo origen subyace en el régimen pensional al cual se encuentra afiliada la persona, supondría una violación del derecho a la igualdad, pues se estaría otorgando un trato distinto, sin una razón objetiva y razonable que así lo justifique[40].

iii) El hecho de computar las semanas correspondientes a la prestación del servicio militar, con el propósito de reconocer una pensión al amparo de lo previsto en la Ley 100 de 1993 o de otro régimen especial que exija la efectiva realización de una cotización (vía régimen de transición), supone la obligación a cargo de la Nación de emitir el correspondiente bono pensional o cuota parte por dicho lapso de tiempo (cuando la prestación del servicio se realizó con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993), o de incluso realizar directamente el aporte al régimen pensional que haya sido elegido por el ciudadano (cuando la prestación del servicio haya tenido lugar con posterioridad a la vigencia de dicha ley), en ambos casos tomando como referencia el salario mínimo legal vigente.

(...)

iv) No puede existir una afectación de la sostenibilidad financiera del sistema, cuando la Nación (ya sea a través del Ministerio de Defensa Nacional[41] o de Hacienda y Crédito Público[42]) tiene la obligación de asumir el pago del aporte por el tiempo que haya perdurado la prestación del servicio militar obligatorio, ya sea a través de la cuota parte correspondiente o de la cotización directa al régimen pensional elegido por el ciudadano, conforme se explicó con anterioridad y lo ha puesto de presente el Consejo de Estado.

También señalo la Corte que el cómputo del tiempo para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez previsto en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, constituye un desarrollo concreto del artículo 216 de la Constitución Política, conforme al cual es facultad del Legislador determinar las prerrogativas de quienes prestan el servicio militar. En este

sentido, esta regla responde a una consideración especial frente a quien se ve compelido a incorporarse a la Fuerza Pública, a través de la cual se busca compensar por parte del Estado, el tiempo muerto en el que no se brindó la oportunidad de realizar, directamente o por su propia elección, aportes al sistema[43].

En conclusión, la Corte Constitucional ha establecido no existe una razón objetiva para excluir a las pensiones que se someten al principio de cotización efectiva del reconocimiento del tiempo prestado en el servicio militar conforme al artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

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

La pensión de invalidez es una prestación económica que conforma el derecho a la seguridad social y tiene como finalidad resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como consecuencia de una enfermedad de origen común o cualquier otra causa no profesional, con el acceso a una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones dignas.

En artículo 39 de la ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003- consagra los requisitos para acceder al derecho a la pensión de invalidez, de tal forma que el afiliado debe:

- (i) acreditar un 50 % o más de pérdida de la capacidad laboral y,
- (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o al hecho causante de la misma[44].

Esta Corporación, en sentencia T-561 de 2010, señaló que una persona se encuentra en estado de invalidez cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada. Así mismo, en la sentencia T-103 de 2011, la Corte definió el estado de invalidez como: “una situación física o mental que afecta a la persona a tal punto que no puede valerse por sí sola para subsistir y vivir dignamente y le impide desarrollar una actividad laboral remunerada”.

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

El Decreto ley 917 de 1999[45] fijó en su artículo 3º como fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de capacidad laboral aquella en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Es decir, a partir del momento en el cual una persona no cuenta de manera permanente y definitiva, con el conjunto de habilidades y/o aptitudes necesarias para realizar una actividad laboral con el objeto de percibir una remuneración.

El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es un derecho fundamental susceptible de protección mediante la acción de tutela, cuando la persona que padece una enfermedad degenerativa, cumple con los requisitos legales para su otorgamiento con el propósito de garantizar la dignidad del enfermo o portador, su subsistencia y la protección de los posibles derechos fundamentales comprometidos.

Calificación de la invalidez

El dictamen de la calificación de la pérdida de capacidad laboral es determinado en una primera oportunidad, por el Instituto de los Seguros Sociales y/o COLPENSIONES, las Administradoras de Riesgos Laborales, las compañías de seguros que deben asumir el riesgo de la invalidez o las Entidades Promotoras de Salud.

De acuerdo con el artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, los dictámenes de pérdida de la capacidad deben contener “decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral” soportadas en los exámenes médicos, historia clínica y demás elementos probatorios que sirvan para determinar una relación causal entre la enfermedad o la limitación física y la pérdida de capacidad laboral.

Sobre los requisitos y procedimientos para la calificación de invalidez y los fundamentos del dictamen, el artículo 4 del Decreto 917 de 1999, establece que se tendrán en cuenta consideraciones de orden fáctico, las cuales versan sobre (i) el objeto de evaluación; (ii) hechos que dieron lugar al accidente, la enfermedad o la muerte; (iii) las circunstancias de

modo, tiempo y lugar en que se produjo la pérdida de capacidad laboral y, (iv) el diagnóstico clínico de carácter técnico- científico, soportado en la historia clínica, la historia ocupacional y demás elementos a considerar de acuerdo con la especialidad del problema.

Luego de establecido el diagnóstico clínico, se determinará la pérdida de la capacidad laboral del individuo, mediante los procedimientos definidos en el Decreto 2463 de 2001. Para lo cual, la entidad encargada de la calificación deberá contar con personal idóneo científica, técnica y éticamente, con reconocimiento académico oficial. En todo caso, se podrán requerir conceptos, exámenes o pruebas adicionales que permitan determinar de forma cierta y concreta la pérdida de capacidad laboral en el caso concreto.

Definida la pérdida de la capacidad laboral se procederá a la calificación integral de la invalidez, la cual se registrará en el dictamen médico, que debe contener por lo menos: el origen de la enfermedad, el accidente o la muerte, el grado de pérdida de la capacidad, la fecha de estructuración de la invalidez y la fundamentación con base en el diagnóstico y demás informes adicionales.

El dictamen deberá contener la información que permita a los interesados ejercer los recursos legales, con el objeto de garantizar una controversia objetiva de su contenido en caso de desacuerdo.

Fecha de estructuración de la invalidez

La pérdida de capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley,[46] a partir de tal dictamen se determina la condición de la persona, indicándose el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía,[47] de modo que se le asigna un valor a cada uno de estos conceptos, lo cual determina un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez.[48]

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los casos en los que la causa de la invalidez de los pacientes se deriva de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, concluyendo que la fecha de estructuración de la invalidez está estrechamente ligada al momento en que la persona sufre una disminución sustancial de

sus capacidades físicas e intelectuales, las cuales le imposibilitan seguir desarrollando una actividad laboral remunerada[49].

En sentencia T-268 de 2011, esta Corporación consideró que “un elemento definidor del estado de invalidez, radica en que la persona por sí misma no pueda procurarse los medios de subsistencia que le posibiliten vivir de manera digna y decorosa, específicamente cuando tales medios emanan de una actividad laboral remunerada; se presume, en principio, que el momento clave de la estructuración de la invalidez está directamente ligado a aquel en que la persona no pudo seguir laborando, al sobrevenirle disfunciones físicas o mentales”[50], (negrilla fuera del texto original). Por lo anterior, la Sala de Revisión concluyo:

“...es evidente que quien ha perdido su capacidad laboral, entendida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten desarrollar un trabajo habitual y percibir por él una retribución económica, no podrá en consecuencia seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social, ni en salud ni en pensiones.

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

Respecto a la hipótesis según la cual, el trabajador puede haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones adicionales al Sistema de Seguridad Social con posterioridad a la fecha de estructuración fijada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la Corte ha considerado que:

“[E]xisten casos en los que la fecha en que se pierde la aptitud para trabajar, es diferente a la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó ésta mengua. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, que al ser estos padecimientos de larga duración, su fin o curación no puede preverse claramente, degenerativas o congénitas por manifestarse éstas desde el nacimiento, en donde la

pérdida de capacidad laboral es paulatina.

Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir las Juntas de Calificación de Invalidez, establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva[51] superior al 50%, [52] tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez - Decreto 917 de 1999- [53].

Esta situación genera una vulneración al derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez y han solicitado su pensión para conjurar este riesgo...”

En tales hipótesis, esta Corporación ha concluido que la entidad obligada al reconocimiento de la pensión de invalidez de quien padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, deberá considerar como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que el solicitante haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y verificar si se cumplen los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto con el fin de realizar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez[54], pues si se trata de una persona que sufre una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, deberá tenerse en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. Lo anterior, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.

Análisis del caso concreto

En el presente asunto, el señor Dairo Alberto Anaya Atencia promovió acción de tutela contra PROTECCIÓN S.A. por estimar transgredido sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, dado que pese a habersele reconocido pérdida de capacidad laboral en un 56.75% por la Compañía de

Seguros Bolívar S.A. en su calidad de aseguradora del seguro previsional de ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., el 12 de diciembre de 2011, la accionada negó el reconocimiento de la pensión al argumentar que a la fecha de estructuración del estado de invalidez, el 21 de 2010, el demandante no cumplía el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la referida fecha.

Procedencia de la acción de tutela

Está acreditado que el señor Dairo Alberto Anaya Atencia padece un “Carcinoma de testicular derecho”, por lo cual se encuentra incapacitado para trabajar actualmente, y no tiene una fuente propia de recursos para su sostenimiento.

Igualmente está demostrado su estado de invalidez con el dictamen fechado el 12 de diciembre de 2011, en el cual Seguros Bolívar informa al accionante que lo calificó con pérdida de capacidad laboral de 56.75%, de origen común, y fecha de estructuración el 21 de julio de 2010, fecha en la que inician sus incapacidades por la patología que padece.

Para resolver sobre la solicitud de amparo es preciso advertir que de conformidad con el artículo 13, inciso final, de la Constitución Política “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”, y, como se expuso en las consideraciones iniciales, quienes padecen enfermedades graves, crónicas, degenerativas y progresivas, se encuentran en evidente condición de vulnerabilidad[55].

La situación grave de deterioro de su salud y las condiciones económicas precarias hacen procedente la interposición de la acción de tutela como mecanismo definitivo, pues claramente no se puede imponer, en tales condiciones, al actor que someta el debate sobre su derecho pensional a los mecanismos ordinarios de justicia, pues urge la protección de sus derechos para evitar un perjuicio irremediable y los procesos ordinarios laborales no resultan en este evento idóneos por no brindar una respuesta pronta y oportuna para quien separado de la actividad laboral y sin la posibilidad de volver a incorporarse, carece de los medios necesarios para su propia subsistencia.

A lo cual, cabe agregar que como lo indicó esta Corte en la sentencia T-223 de 2012, al conceder el amparo y ordenar el reconocimiento y pago de la pensión a una persona con la enfermedad de parkinson: “La jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la pensión de invalidez, puede, bajo determinadas circunstancias, adquirir rango fundamental cuando se relaciona con el derecho a la vida, al mínimo vital, al trabajo, la salud y la igualdad, de las personas que sufren una disminución parcial o total de su capacidad laboral por razones ajenas a su voluntad.”

En éste, como en los eventos analizados en precedencia, el accionante padece una enfermedad progresiva, que lo coloca en un estado de debilidad y vulnerabilidad, por lo cual corresponde al estado brindar una protección constitucional reforzada y bajo esta perspectiva se examinará la procedencia o no del amparo solicitado.

Vulneración de los derechos fundamentales de afiliado con cáncer testicular por negar la pensión de invalidez al no contabilizar el tiempo de servicio militar obligatorio para efectos del reconocimiento de pensiones

El accionante afirma que PROTECCIÓN S.A. vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de personas en condiciones de discapacidad al negarle el derecho a la pensión en la comunicación número DBP 0229-12 del 12 de enero de 2012 porque considera que no cumple 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, pues solo cuenta con 35 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el 21 de julio de 2010 sin tener en cuenta el periodo comprendido entre el 10 de abril de 2007 y el 13 de septiembre de 2009 correspondiente al servicio militar obligatorio, el cual equivale a 124.41 semanas cotizadas con el argumento de que el referido periodo no puede ser tenido en cuenta para esos efectos pues no se traba de tiempo realmente cotizado. El actor considera que la aplicación o no del beneficio consagrado en el artículo de la Ley 48 de 1993 resulta definitivo en el estudio de su caso.

La expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, busca crear estabilidad financiera en el sistema de pensiones y evitar así que se hicieran valederos como requisitos para adquirir el derecho pensional, situaciones diferentes a cotizaciones efectivas. Es decir, que a partir del

referido acto legislativo no podría computarse ningún tiempo que no fuera realmente cotizado al sistema, en atención al principio de estabilidad financiera.

Sin embargo, de las consideraciones precedentes se tiene que el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 debe ser aplicado frente a pensiones que se rigen por el principio de cotización efectiva, en la medida en que si bien el principio de sostenibilidad financiera resulta central en la regulación del sistema de pensiones, no puede restringirse injustificadamente los derechos de los ciudadanos, por cuanto, se reitera que:

i) La prerrogativa prevista en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 tiene una vocación de aplicación general y universal, por lo que cubre a todo ciudadano que haya prestado el servicio militar.

ii) No reconocer el tiempo de servicio militar para efectos pensionales cuando estos dependen de sus cotizaciones es una distinción cuyo origen subyace en el régimen pensional al cual se encuentra afiliada la persona, lo cual supondría una violación del derecho a la igualdad, pues se estaría otorgando un trato distinto, sin una razón objetiva y razonable que así lo justifique[56].

Lo anterior encuentra sustento en lo señalado en los distintos pronunciamientos del Consejo de Estado y de esta Corporación[57] en los cuales se ha establecido que la aplicación del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, en los casos en que se pretende el reconocimiento de una pensión que se rigen por el principio de cotización.

Está acreditado que el señor ingresó a prestar el servicio militar obligatorio el 10 de abril de 2007, en el cual se desempeñó como soldado regular hasta el 13 de septiembre de 2009, periodo que equivale a 124.41 semanas según certificación expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional[58], adicionalmente se tiene que desde el momento de su afiliación a la empresa accionada (19 de noviembre de 2009) hasta la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral (21 de julio de 2010), el accionante cotizó un total de 35 semanas, es decir, desde el 21 de julio de 2007 hasta 21 de julio de 2010, para efectos de establecer los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se entiende que el accionante ha cotizado 154.44 semanas, es decir, más de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral dictaminada por Seguros Bolívar

En este orden de ideas, no cabe duda de que PROTECCIÓN S.A. vulneró los derechos fundamentales fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la vida en condiciones dignas del señor Dairo Anaya, por negarse a tener en cuenta las 124.41 semanas en las que prestó el servicio militar obligatorio, en los términos previstos en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, para efectos de reconocer su derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Dicha decisión, como previamente se explicó, le ha impedido al actor solventar directamente sus necesidades básicas, en especial en lo referente a los requerimientos que demanda su precaria situación de salud.

Adicionalmente, resulta necesario resolver el presente caso a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre la consideración de las semanas cotizadas luego de la fecha de estructuración de la invalidez, para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Vulneración de los derechos fundamentales del afiliado con cáncer testicular derecho por negar la pensión de invalidez sin tener en cuenta las semanas cotizadas luego de la fecha de estructuración de la invalidez.

De acuerdo con la historia clínica, el 4 de agosto de 2010 al señor Dairo Alberto Anaya Atencia le diagnosticaron “tumor maligno de células germinales”, e inicia tratamiento de quimioterapia.

El 13 de diciembre de 2011 Seguros Bolívar fijó la pérdida de capacidad laboral en 56.75%, de origen común, con fecha de estructuración el 21 de julio de 2010 cuando inició su periodo de incapacidades debido a la patología que padece.

Por otro lado, está acreditado que el señor Dairo Alberto Anaya Atencia cotizó como trabajador dependiente desde noviembre de 2009 hasta noviembre de 2013, según certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social del 11 de diciembre de 2013, con un total de 212.33 semanas cotizadas.

Al solicitar el reconocimiento de su derecho pensional, PROTECCIÓN S.A. Pensiones y Cesantías, en comunicación de 9 de septiembre de 2013 lo negó al considerar que el señor Dairo Alberto Anaya Atencia no cumple los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para reconocerle la pensión de invalidez, dado que “se pudo evidenciar que el señor Anaya

Atencia no satisfizo dicho requisito, habida cuenta que entre el 21 de julio de 2007 y el 21 de julio de 2010, el señor Anaya Atencia solo cotizó un total de 35 semanas, por lo que no tiene las 50 exigidas por la norma, evidenciándose, de paso, que el señor Dairo Alberto Anaya Atencia, no cumple precisamente el único requisito que la Corte Constitucional declaró exequible, cuando hizo el análisis de constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en la sentencia C-428 del 1 de julio de 2009”.

En el presente evento, la fecha de estructuración de la invalidez que fijó Seguros Bolívar, es el 21 de julio de 2010, cuando se documenta la pérdida de capacidad a causa del tumor maligno. Si bien es cierto, para ese momento sólo se contaban 35 semanas previas de cotización dentro de los tres años anteriores, como se ha indicado en precedencia, cuando se trata de enfermedades degenerativas o crónicas, como los carcinomas, también deben contarse las semanas que el afiliado pudo haber cotizado con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez y hasta que dejó de hacerlo, cuando se entiende que igualmente ha dejado de trabajar porque el estado de invalidez le impide continuar laborando para obtener su sostenimiento.

Al respecto, en la sentencia T-1006 de 2010, esta Corporación señaló que:

“En otras palabras podría decirse, que si parte o la totalidad de las cincuenta (50) semanas fueron cotizadas por el afectado con anterioridad a los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, o menos de las 50 semanas lo fueron en dicho lapso, habría que concluir que el afectado no cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y el amparo constitucional habrá de negarse. No obstante, desde la perspectiva de los objetivos que busca el Sistema de Seguridad Social, consistentes en asegurar el cubrimiento de riesgos derivados de contingencias como la invalidez, sería incoherente desproteger al afectado que en virtud del carácter progresivo de la enfermedad puede seguir laborando con posterioridad a la fecha de estructuración asignada por la Junta de Calificación de Invalidez y completa las 50 semanas dentro del año siguiente. La incoherencia sería inversamente proporcional al tiempo cotizado a posteriori, porque dependiendo del avance de la enfermedad el individuo podría incluso superar las 50 semanas de cotización en estado de invalidez, durante un lapso de 3 años como el señalado por el numeral 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. De llegar a aceptarse esta desprotección, también se vulneraría el Principio de Solidaridad

que rige la prestación de servicios del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia.”

En este orden, y como el Reporte del Estado de Cuenta del Afiliado Detallado del 12 de noviembre de 2013, indica que el señor Dairo Alberto Anaya Atencia continuó cotizando luego de declarado el estado de invalidez, es decir, desde julio de 2010 y hasta noviembre de 2013, para efectos de establecer los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se entiende que el accionante ha cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha en que ha cesado definitivamente de trabajar por la pérdida de su capacidad laboral, por lo cual la accionada debió reconocer la pensión al cumplirse con las condiciones exigidas por el artículo mencionado para ello.

Bajo los parámetros descritos, la Sala encuentra necesario proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante. Por lo tanto, se procederá a revocar el fallo dictado el 25 de noviembre de 2013 por el Juzgado 5 Civil Municipal de Bucaramanga, Santander y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del ciudadano Anaya Atencia.

En consecuencia, ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., que dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la comunicación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor Dairo Alberto Anaya Atencia (C.C. 1.096.185.753), de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 25 de noviembre de 2013 por el Juzgado 5 Civil Municipal de Bucaramanga, que negó el amparo solicitado por el accionante, para en su lugar, CONCEDER por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Dairo Alberto Anaya Atencia.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., que dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la comunicación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor Dairo Alberto Anaya Atencia (C.C. 1.096.185.753), de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

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

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] En Adelante PROTECCIÓN S.A.

[2] Folio 11 del cuaderno principal (en adelante, se entiende que los folios a los que se haga referencia forman parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario).

[3] Folio 1.

[4] Folio 3.

[5] Folio 11.

[6] Folio 15.

[7] Folio 16.

[8] Folios 19 al 40.

[9] Folio 13.

[10] Sentencia T-395 de 2008.

[11] Ver sentencias: T-043 de 2007 y T-395 de 2008, entre otras.

[12] Esta Corporación estableció en sentencia T-826 de 2008 que “someter a un litigio laboral a una persona con disminución de su capacidad laboral, que le impide acceder al trabajo y, por ende, a una fuente de ingreso, resulta desproporcionado y por esta razón, la Corte ha concedido en diversas oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, o transitoria”. En el mismo sentido, en sentencia T-223 de 2012 señaló que “en virtud de la vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las personas en situación de discapacidad, originada por sus condiciones físicas o mentales, se hace necesaria la protección de los derechos pensionales como una forma de garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad física, la salud y el mínimo vital: porque la pensión de invalidez, surge como una prestación necesaria para proveerse el sustento económico y vivir en condiciones de dignidad, ante la incapacidad de la persona para trabajar”.

[13] Ver sentencias: T-479 de 2008 y T-276 de 2010, entre otras.

[14] Ver sentencias: T-1291 de 2005 y T- 668 de 2007.

[15] Sentencia T-276 de 2010.

[16] Inciso segundo del artículo 216 de la Constitución Política.

[17] Sentencias T- 351 de 1996 y T- 762 de 1998.

[18] Sentencia T- 409 de 1992.

[19] Sentencia T- 762 de 1998.

[20] “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”. Según se lee en la exposición de motivos, el proyecto de ley tuvo como finalidad, entre otras, actualizar la ley 1ª de 1945 sobre servicio militar obligatorio y adaptar su texto a la Constitución de 1991.

[21] “La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años”, agrega la norma. El artículo 10 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C -511 de 1994. De otro lado, la ley 548 de 1999, por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, por tres años, en su artículo 2º, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C 1409 de 2000 dispuso: “Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a las filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad.//Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiera aplazado su servicio militar estuviere en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar.//La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución.//Parágrafo. El joven convocado a filas que haya aplazado su servicio militar hasta la terminación de sus estudios profesionales, cumplirá su deber constitucional como profesional universitario o profesional tecnólogo al servicio de las Fuerzas Armadas en actividades de servicio social a la comunidad, en obras civiles y tareas de índole científica o técnica que la respectiva dependencia a que sea adscrito necesite, en tal caso el servicio militar tendrá una duración de seis (6) meses y será homologable al año rural, periodo de práctica, semestre industrial, año de judicatura, servicio social obligatorio o exigencias

académicas similares que la respectiva carrera establezca como requisito de grado. Para los egresados en la carrera de derecho, dicho servicio militar podrá sustituir la tesis o monografía de grado y, en todo caso, reemplazar el servicio social obligatorio a que se refiere el artículo 149 de la Ley 446 de 1998”.

[22] Para la Corte Constitucional “Los altos valores fundantes del Estado colombiano, consagrados en el Preámbulo y los artículos iniciales de la Carta, encuentran expresión en esta norma. Si un colombiano le ha prestado servicio al país, tiene derecho a gozar de prerrogativas.” (Sentencia C- 058 de 1994).

[23] Sentencia Corte Constitucional T-376 de 1997.

[24] Sentencia SU- 200 de 1997 de la Corte Constitucional

[25] Historia de las leyes. Tomo 8. 1993. Páginas 378, 381.

[26] Cfr. T-063 de 2013.

[27] “El tiempo de servicio, para todos los efectos, se liquida a partir de la fecha del ingreso al Ejército, en cualquier grado, inclusive como soldados y los dos últimos años de permanencia en la Escuela Militar de Cadetes” (subrayas fuera de texto).

[28] “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

[29] “Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.”

[30] La norma en cita dispone que: “El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley.”

[32] Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicación: 11001-03-06-000-2001-01397-00 (1397).

[33] El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco

años (55) tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

[34] Ver consulta 1383 de 2001.

[35] “Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

[36] Decreto Ley 1793 del 2000, “por el cual se expide el régimen de carrera y el Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, artículo 1 “SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento el orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

[37] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejera ponente: Gloria Duque Hernández, Radicación: 1557.

[38] Sentencias T-174 de 2008 y T-090 de 2009.

[39] Ver Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, del 21 de mayo de 2009. Esta posición también se encuentra en la Sentencia de la misma Corporación del 31 de mayo de 2007, Exp. No. 8959-05. Ambas con ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez de Páez.

[40] Véase, entre otras, las Sentencias C-913 de 2003, C-065 de 2005, C-1176 de 2005 y C-242 de 2009.

[41] Sentencia T-275 de 2010.

[42] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de julio de 2002.

[43] Cfr. T-063 de 2013.

[44] Artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

[45] Por el cual se modifica el decreto 692 de 1995.

[46] El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece: “Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”.

[47] El Decreto 917 de 1999, “por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”, en su artículo 7°, definió estos conceptos así: “[...] DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. // DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona. // MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales,

que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.”

[48] Artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de la Juntas de Calificación de Invalidez.”

[49] T-561 de 2010

[50] Cfr. T-710 de 2009 y T-561 de 2010.

[51] Artículo 2 del Decreto 917 de 1999 “Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptanse las siguientes definiciones:

a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

b) Incapacidad permanente parcial: Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%.

c) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.

d) Trabajo Habitual: Se entiende como trabajo habitual aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social”.

[52] Artículo 3 del Decreto 917 de 1999: “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”.

[53] Sentencia T163 de 2011.

[54] Cfr. Sentencia T-671 de 2011. En el mismo sentido, se pueden revisar las sentencias T-420 de 2011 y T-432 de 2011.

[55] En sentencia T-1006 de 2010, dijo esta Corporación: “la solicitud de la pensión de invalidez por vía de tutela amerita especial cuidado del juez antes de rechazar el amparo, porque parte de circunstancias que siempre están precedidas de una situación de hecho adversa al reclamante, como quiera que indefectiblemente supone por definición, una disminución superior al 50% de su capacidad laboral.”

[56] Véase, entre otras, las Sentencias C-913 de 2003, C-065 de 2005, C-1176 de 2005 y C-242 de 2009.

[57] Sentencia T-275 de 2010.

[58] Folio 13.