

Sentencia T-551/13

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia por cuanto se presentan hechos nuevos

La Corte Constitucional ha señalado que el estudio de los elementos de las acciones que se consideran prima facie temerarias debe ser minucioso, ya que la acción de tutela es un derecho fundamental, y cualquier restricción en su ejercicio para proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia debe ser limitado. Por lo tanto, con el estudio propuesto se debe establecer si entre las acciones existe identidad de partes, hechos y pretensiones, así como la posible mala fe de la parte accionante en la interposición de las mismas, condición necesaria para concluir que la actuación fue temeraria. En aplicación de esta interpretación al caso objeto de estudio, la Sala de Revisión encuentra que la acción interpuesta por el accionante no es temeraria, porque esta segunda acción se fundamenta en por lo menos un hecho relevante que no había ocurrido al momento de la interposición de la primera acción de tutela, como lo es la decisión de Porvenir S.A. de negarle la pensión de invalidez al actor. En consecuencia, debe concluirse que la acción de tutela objeto de estudio no es temeraria, porque los hechos y las pretensiones en los que esta se fundamenta no son idénticos a los de la acción previamente interpuesta por el actor.

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

En el caso objeto de estudio, el accionante dispone, en principio, de otros mecanismos para solicitar el reconocimiento de su pensión de invalidez. Sin embargo, la Sala de Revisión considera que estos mecanismos no son idóneos para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, porque se trata de una persona que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 67.75%, de quien dependen sus tres hijos menores de edad, que no cuenta con ingresos económicos para suplir sus necesidades esenciales y las de su familia, y que no tiene expectativas de recibir otros ingresos distintos a los que podría recibir por la pensión de invalidez, por el alto porcentaje en que perdió su capacidad laboral. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el actor es una

persona enferma de SIDA, situación que lo hace acreedor 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”. Al respecto, la Corte ha señalado que en materia de seguridad social, 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. Estas circunstancias hacen procedente la acción de tutela en el caso objeto de estudio, porque es necesario un pronunciamiento inmediato sobre la protección de los derechos fundamentales de un sujeto de protección constitucional reforzada, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable en su vida y su mínimo vital.

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Normatividad y jurisprudencia

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador

FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Concepto

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

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, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de 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, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.

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

Referencia: expediente T-3790758

Acción de tutela presentada por J.J. contra Porvenir S.A.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

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 atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana, Antioquia, el 30 de octubre de 2012 y, en segunda instancia, por el Juzgado Civil del Circuito de Girardota el 11 de diciembre de 2012.[1]

### I. ANTECEDENTES

El señor J.J. es una persona enferma de VIH SIDA, que considera que sus derechos fundamentales están siendo vulnerados por la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., porque esta entidad le suspendió el pago de las incapacidades laborales que le venía reconociendo bajo el argumento de que su situación pensional ya está definida, y le negó la pensión de invalidez argumentando que para la fecha en que se fijó la estructuración de su pérdida de capacidad laboral él aún no se encontraba afiliado a esa entidad. En consecuencia, solicita que se le reconozca la pensión de invalidez, y en forma conjunta, que le cancelen las incapacidades laborales hasta que esto ocurra.

A continuación se exponen los antecedentes de la acción de tutela:

#### 1. Hechos

1.1. El señor J.J. es una persona de treinta y siete (37) años de edad,[2] que se afilió a Porvenir S.A. el 23 de agosto de 2006,[3] e ingresó a laborar en la sociedad Emprestur S.A. desde el 30 de mayo de 2010, devengando un salario mínimo legal.

1.2. El actor empezó a sufrir incapacidades ininterrumpidas desde el 29 de septiembre de 2010,[4] causadas por complicaciones asociadas a la enfermedad VIH SIDA que padece.[5]

1.3. El 26 de enero de 2011, el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A. calificó al actor con una pérdida de capacidad laboral del 67.75%, con fecha de estructuración del 2 de octubre de 2003.[6]

1.4. En el expediente se informa que los primeros 180 días de incapacidad fueron cancelados por la EPS Comfenalco, y luego fueron reconocidos por Porvenir S.A. hasta el mes de octubre de 2011.

1.5. Ante la suspensión del pago de las incapacidades por parte de Porvenir S.A., el señor J.J. interpuso una primera acción de tutela, la cual fue resuelta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín mediante sentencia del 20 de febrero de 2012. En esta se tutelaron los derechos fundamentales del actor a la seguridad social y al mínimo vital, y se ordenó a Porvenir S.A. que le cancelara “los subsidios que le corresponden en razón a su incapacidad, a partir del 30 de octubre de 2011, y lo continúe haciendo hasta tanto se defina el derecho a la pensión de invalidez o eventualmente sea rehabilitado”. [7]

1.6. En cumplimiento del fallo de tutela citado, Porvenir S.A. canceló las incapacidades del actor hasta el 6 de abril de 2012, porque la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez presentada por el actor fue negada mediante comunicación del 13 de marzo de 2012, bajo el argumento que la estructuración de su pérdida de capacidad laboral ocurrió en una fecha anterior a su vinculación a esa Administradora de Fondos de Pensiones.[8]

1.7. Ante la decisión de Porvenir S.A. de negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez y de suspenderle el pago de las incapacidades laborales, el señor J.J. interpuso la acción de tutela objeto de estudio en la que solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana.

1.8. Adicionalmente, manifiesta que su estado de salud es crítico, que convive con su cónyuge y con sus tres hijos menores de edad, y que al no recibir oportunamente el pago de las incapacidades, su “familia está dejando de comer, toda vez que este es [su] único

recurso para suplir las necesidades básicas que se presenta día a día en [su] hogar”.[9]

1.9. En consecuencia, solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana, por medio de una orden a Porvenir S.A. para que le cancele las incapacidades generadas desde el 7 de abril de 2012, y las que se lleguen a generar.

## 2. Actuaciones adelantadas en sede de instancia

2.1. Mediante auto del 28 de agosto de 2012, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana, Antioquia, admitió la acción de tutela objeto de estudio, ordenó escuchar en declaración juramentada al señor J.J., ofició a Porvenir S.A. para que se pronunciara frente a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, informando si para ese momento le estaba reconociendo las incapacidades al actor, y de no estarlo haciendo, explicara las razones de su decisión.[10] Finalmente, ofició al Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, para que informara si en ese despacho se tramitó una acción de tutela interpuesta por el señor J.J. en contra de Porvenir S.A., y en caso afirmativo, que enviara una copia del fallo.

2.2. Señaló que interpuso una acción de tutela, la cual fue fallada a su favor.[11] Asimismo, manifestó que interpuso un incidente de desacato ante el juez de conocimiento de esa acción de tutela, pero que este se negó a abrir el trámite incidental.

Respecto a su situación económica, informó que esta es mala, que convive con su esposa, quien es ama de casa, y con dos hijos, pero que tiene un hijo más por quien tiene que responder. Afirma que ha cubierto sus necesidades con dinero que le prestan, sumas que no ha podido pagar.

Señaló que Porvenir S.A. le comunicó que le negó la pensión de invalidez porque ese derecho debía ser reconocido por el Instituto de Seguros Sociales, decisión que considera no resuelve de fondo su derecho pensional, razón por la cual considera que la entidad accionada debe continuar cancelando sus incapacidades hasta que se profiera una decisión de fondo. Finalmente manifestó que también reclamó la pensión de invalidez ante el Instituto de Seguros Sociales, pero que no le han respondido su solicitud.

## 3. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas a la acción de tutela

3.1. Porvenir S.A. presentó un informe sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela, suscrito por el Subgerente de Servicio de la Regional Antioquia, en el que manifestó que al actor le fueron canceladas las incapacidades conforme al fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, ya que en este se le ordenó pagar los subsidios que le correspondían al actor en razón de su incapacidad a partir del 30 de octubre de 2011, y continuar haciéndolo hasta el momento en que se le definiera en forma definitiva el derecho a la pensión de invalidez.[12]

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el 5 de abril de 2011 se definió de fondo la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez del actor, “rechazándola en razón a que la fecha de estructuración de la enfermedad del accionante es anterior a la fecha de vinculación con Porvenir”, [13] decisión que le fue comunicada mediante oficio del 12 de abril de 2011, y reiterada mediante oficio del 24 de mayo de 2012, la entidad consideró que no estaba en la obligación de continuar cancelando los subsidios por incapacidad a favor del actor.

Por otra parte, manifestó que la acción interpuesta por el señor J.J. es temeraria, porque su pretensión ya fue resuelta previamente por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín.

Asimismo, agregó que el actor no aportó elementos probatorios para demostrar que está a punto de sufrir un perjuicio irremediable, de lo cual concluye que la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente para resolver la controversia sobre el derecho a las incapacidades del actor.

Por las razones expuestas, solicitó que se denegaran las pretensiones del actor o que se declarara la improcedencia de la acción de tutela.

3.2. El Instituto de Seguros Sociales guardó silencio.

4. Decisiones objeto de revisión

4.1. Mediante sentencia del 10 de septiembre de 2012, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana, Antioquia, negó la tutela de los derechos del señor J.J., porque consideró que ya había interpuesto una acción de tutela en contra de Porvenir S.A. por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, en

la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín tuteló sus derechos fundamentales. Por esta razón, se sostuvo que lo procedente era que el actor solicitara el cumplimiento del primer fallo de tutela.

4.2. Esta sentencia fue impugnada por el señor J.J., porque, en su concepto, aunque entre las dos acciones existe identidad de partes y de derechos cuya protección se solicita, los hechos y las pretensiones de las dos acciones son distintos, ya que lo que pretende en esta oportunidad es el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas desde el 7 de abril de 2012, luego de la fecha en que el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín resolvió su primera acción de tutela, y de las posteriores a la decisión por medio de la cual Porvenir S.A. le negó el reconocimiento de su pensión de invalidez. Asimismo, informó que presentó un desacato a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín, pero que el despacho se negó a abrir el respectivo incidente, porque consideró que al ser definida su solicitud pensional ya no había lugar al reconocimiento de subsidio alguno. Por otra parte, solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado, porque, en su concepto, debió vincularse al Instituto de Seguros Sociales al proceso de tutela.

4.3. Mediante auto del 8 de octubre de 2012, el Juzgado Civil del Circuito de Girardota, Antioquia, declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tutela desde el auto que admitió la acción, y en consecuencia, ordenó la vinculación al proceso del Instituto de Seguros Sociales.

4.4. Mediante sentencia del 30 de octubre de 2012, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana, Antioquia, negó la tutela de los derechos del señor J.J., porque consideró que el actor ya había interpuesto una acción de tutela en contra de Porvenir S.A. por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, en la cual se tutelaron sus derechos fundamentales. Por esta razón, consideró que lo procedente era que el actor solicitara el cumplimiento del primer fallo de tutela. Por otra parte, ordenó la desvinculación del Instituto de Seguros Sociales, porque consideró que esa entidad no vulneró derecho fundamental alguno del actor, y porque en el expediente no estaba acreditado que el actor hubiera radicado solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez ante esa entidad.

4.5. Esta decisión fue impugnada por el accionante, porque en su criterio, no existe

identidad de partes entre la acción de tutela objeto de estudio y la resuelta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, ya que en esa oportunidad no se vinculó al Instituto de Seguros Sociales. Adicionalmente, reitera que se le han seguido expidiendo incapacidades laborales, y que el juez de tutela debe definir un responsable provisional del pago de los auxilios por incapacidad, ya que se le negó su pensión de invalidez con fundamento en que la estructuración de la misma, ocurrió antes de su vinculación a Porvenir.

4.6. Mediante sentencia del 11 de diciembre de 2012, el Juzgado Civil del Circuito de Girardota, Antioquia, confirmó la sentencia de primera instancia, porque estimó que el caso objeto de estudio tiene identidad de partes, hechos y pretensiones, con la acción de tutela interpuesta por el actor ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín. Asimismo, consideró que la decisión de Porvenir S.A. de negarle la pensión de invalidez al actor no constituye un hecho nuevo que haga procedente la acción de tutela objeto de estudio.

## II. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante auto del 9 de julio de 2013, la Sala Primera de Revisión advirtió la existencia de una nulidad saneable, ya que aunque el juez de primera instancia vinculó al proceso al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, en el fallo de primera instancia ordenó su desvinculación, sin tener en cuenta que dicha entidad puede verse afectada por las decisiones que se tomen en este proceso. Con fundamento en estos hechos, y ante la necesidad de proteger los derechos fundamentales de una persona que fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 67.75%, de su cónyuge, que labora en las actividades del hogar, y de sus hijos menores de edad, la Sala Primera de Revisión ordenó la vinculación de Colpensiones al proceso.

Por otra parte, con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver la controversia que se le plantea, la Sala Primera de Revisión ordenó al actor que remitiera copia de su historia laboral. Asimismo, solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones que remitieran copia de la historia laboral del señor J.J.

2. Mediante comunicación recibida en la Secretaría General de esta Corporación el 17 de julio de 2013, Porvenir S.A. informó que el señor J.J. se afilió a esa administradora de

fondos de pensiones el 24 de agosto de 2006, además aportó la relación histórica de los movimientos de la cuenta del actor a partir de esa fecha.[14]

3. El señor J.J. presentó un memorial recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 18 de julio de 2013, al cual anexó una relación de novedades al sistema de autoliquidación de aportes mensuales, expedido por el Instituto de Seguros Sociales el 24 de septiembre de 2010, documento en el que se registran cotizaciones en forma interrumpida desde septiembre de 1995 hasta diciembre de 1999. Asimismo, anexó una copia de su historia laboral expedida por Porvenir S.A.

### III. Consideraciones y fundamentos

#### 1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Planteamiento del caso y problema jurídico

En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que el señor J.J. interpuso la acción de tutela para obtener la protección de su derecho fundamental al mínimo vital, mediante el reconocimiento de la pensión de invalidez, y la cancelación de las incapacidades laborales hasta que se le reconozca la pensión.

Por su parte, Porvenir S.A. considera que no debe seguir reconociendo las incapacidades laborales al actor porque su situación pensional ya fue definida, negándosele el derecho, porque al parecer la estructuración de su invalidez ocurrió antes de su vinculación a Porvenir.

El caso por lo tanto plantea dos problemas jurídicos:

- ¿Vulnera una administradora de fondos de pensiones (Porvenir S.A.) los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, de una persona que perdió el 67.75% de su capacidad laboral, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque en la fecha en que

se fijó la estructuración de su pérdida de capacidad laboral el actor se encontraba afiliado a otra administradora de fondos de pensiones?

- ¿Vulnera una administradora de fondos de pensiones (Porvenir S.A.) el derecho al mínimo vital de uno de sus afiliados (J.J.), al negarle el reconocimiento de sus incapacidades laborales, argumentando que este no tiene derecho a su cancelación porque ya fue definida su situación pensional, sin tener en cuenta que el actor perdió su capacidad laboral en un 67.75%, no tiene ingresos, y debe velar por el sostenimiento de su familia?

La Sala estudiará la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales y de la pensión de invalidez. En segundo lugar, hará una breve reseña de las normas y la jurisprudencia sobre el reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días. En tercer lugar, reiterará su jurisprudencia sobre la negación de la pensión de invalidez por causas relacionadas con la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, en casos de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, a quienes se les ha fijado esta fecha en forma retroactiva. Finalmente, resolverá el caso objeto de estudio.

3. Cuestión previa. Falta de temeridad en el caso objeto de estudio. Reiteración de jurisprudencia.

Porvenir S.A. considera que la acción de tutela interpuesta por el señor J.J. es temeraria, porque el actor ya había interpuesto una acción de tutela previa ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Por lo anterior, se hará un estudio sobre el posible uso temerario de la acción de tutela por parte del señor J.J.

Con este fin, debe señalarse que en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamente la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, se establece que “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

Con fundamento en la norma citada, la Corte Constitucional ha precisado que la interposición en más de una oportunidad de la acción de tutela constituye una actuación

temeraria cuando existe: (i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica; (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.[15]

Desde sus primeras sentencias,[16] la Corte Constitucional ha sostenido que la proscripción de las acciones de tutelas temerarias encuentra sustento en los artículos 83 y 95 de la Constitución Política, en los que se establecen los deberes de los particulares de actuar de buena fe y de no abusar de sus derechos,[17] y en el artículo 209 de la Constitución Política, en el que se consagra el deber del Estado de actuar con base en los principios de economía y eficacia.[18] Con fundamento en las normas citadas, la Corte dijo:

“[...] el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, ocasiona un perjuicio para toda la sociedad civil, porque de un 100% de la capacidad total de la administración de justicia, un incremento en cualquier porcentaje, derivado de la repetición de casos idénticos necesariamente implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil.”[19]

Ahora bien, la Corte Constitucional ha señalado que el estudio de los elementos de las acciones que se consideran prima facie temerarias debe ser minucioso, ya que la acción de tutela es un derecho fundamental, y cualquier restricción en su ejercicio para proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia debe ser limitado. Por lo tanto, con el estudio propuesto se debe establecer si entre las acciones existe identidad de partes, hechos y pretensiones, así como la posible mala fe de la parte accionante en la interposición de las mismas, condición necesaria para concluir que la actuación fue temeraria.[20]

En aplicación de la anterior interpretación al caso objeto de estudio, la Sala de Revisión encuentra que la acción interpuesta por el señor J.J. no es temeraria, porque esta segunda acción se fundamenta en por lo menos un hecho relevante que no había ocurrido al momento de la interposición de la primera acción de tutela ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, como lo es la decisión de Porvenir S.A. de negarle la pensión de invalidez al actor mediante comunicación del 13 de marzo de 2012. En consecuencia, debe concluirse que la acción de tutela objeto de estudio

no es temeraria, porque los hechos y las pretensiones en los que esta se fundamenta no son idénticos a los de la acción previamente interpuesta por el actor.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en el caso objeto de estudio.

La Sala de Revisión considera necesario establecer si la acción de tutela es procedente en el caso objeto de estudio, pues, en principio, el ordenamiento dispone otros medios de defensa judicial para reclamar el reconocimiento y pago de prestaciones como las incapacidades laborales y la pensión de invalidez.

Es necesario señalar que 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 que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Respecto del perjuicio irremediable, la Corte ha manifestado lo siguiente:

“[e]n primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. [21]

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el actor es una persona enferma de SIDA, situación que lo hace acreedor 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”. [23] Al respecto, la Corte ha señalado que en materia de seguridad

social, 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.[24]

Estas circunstancias hacen procedente la acción de tutela en el caso objeto de estudio, porque es necesario un pronunciamiento inmediato sobre la protección de los derechos fundamentales de un sujeto de protección constitucional reforzada, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable en su vida y su mínimo vital.

5. Breve reseña de las normas y la jurisprudencia sobre el reconocimiento de incapacidades labores superiores a 180 días.

El señor J.J. interpuso la acción de tutela objeto de estudio para que se ordene a Porvenir S.A. que le cancele las incapacidades laborales que no le han sido reconocidas, ya que, en su concepto, tiene derecho a esa prestación hasta que la entidad accionada le reconozca su pensión de invalidez. Por lo anterior, es pertinente hacer una reseña de las normas y la jurisprudencia sobre el derecho al reconocimiento de las incapacidades por enfermedad común de las personas vinculadas al régimen contributivo.

Con este fin, debe empezar por señalarse que en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo se consagró un auxilio monetario por enfermedad no profesional en favor de los trabajadores que estuvieran incapacitados para desempeñar sus funciones. En esta norma se estableció que el empleador debería reconocer el auxilio hasta por 180 días, que durante los primeros 90 días el auxilio sería equivalente a las dos terceras partes del salario, y que durante los 90 días restantes el auxilio sería equivalente a la mitad del salario.[25]

Por medio del Decreto No. 770 de 1975,[26] el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de enfermedad general, y estableció un subsidio en favor de los trabajadores que padecieran una enfermedad que les produjera incapacidad para el trabajo equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario base, por 180 días continuos o discontinuos. Asimismo, se estableció que este subsidio podía prorrogarse hasta por 360 días más, sólo cuando al finalizar el período el afiliado tuviera derecho a la pensión de invalidez “hasta la definición de su situación por los servicios médicos”. [27] En este último caso, se señaló que el subsidio sería equivalente al 50% del salario base.

Con la creación del Sistema de Seguridad Social Integral por medio de la Ley 100 de 1993, se asignó el pago de las incapacidades laborales de los trabajadores afiliados al régimen contributivo en salud a las empresas promotoras de salud, y se estableció que el reconocimiento de esta prestación se haría “de conformidad con las disposiciones legales vigentes”. [28]

Posteriormente, en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 [29] se consagró que cuando las incapacidades son superiores a 180 días, el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral ante las juntas de calificación de invalidez puede postergarse hasta por 360 días adicionales, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación. En estos casos, la norma señala que las administradoras de fondos de pensiones deben reconocerle al afiliado un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando. [30]

Ahora bien, en la sentencia C-543 de 2007 [31] la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del monto del auxilio monetario en caso de enfermedad no profesional establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. De los argumentos expuestos por la Corte en esa oportunidad, es pertinente reiterar que las disposiciones contenidas en el artículo 227 del C.S.T. sobre el monto y la duración del auxilio monetario por enfermedad no profesional se encuentran vigentes, ya que en el artículo 206 de la Ley 100 se hizo una remisión a las normas vigentes en materia de incapacidades laborales. [32]

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque existen otros medios judiciales para obtener el reconocimiento de incapacidades laborales, en casos de personas que no cuentan con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus núcleos familiares, o de personas en situaciones extremas de vulnerabilidad, la acción de tutela es un mecanismo procedente para garantizarles la protección de sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital. [33]

Por ejemplo, en la sentencia T-468 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte estudió tres acciones de tutela presentadas por personas que sufrieron incapacidades superiores a 180 días, dos de las cuales tuvieron origen en enfermedades comunes. Para resolver las acciones de tutela objeto de estudio, la Corte hizo un recuento de las normas sobre incapacidades laborales, y concluyó que el Sistema de Seguridad Social Integral protege a los afiliados al Sistema que sufran incapacidades laborales inferiores a 540 días, pero que

existe un déficit de protección respecto de aquellas personas que sufren incapacidades laborales de origen común superiores a este límite, razón por la cual estos casos deben ser analizados particularmente, “con el fin de establecer si le asiste al trabajador otra prestación como por ejemplo el derecho a la pensión de invalidez”. [34]

Ahora bien, en el caso que la persona sufra una incapacidad superior a 180 días, y esta se prorrogue por 360 días o más, siempre que la enfermedad sea de origen común, serán las administradoras de fondos de pensiones las encargadas de sufragar el monto de la incapacidad laboral. [35]

6. Estructuración en forma retroactiva del estado de invalidez de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Reiteración de jurisprudencia

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, estableciendo el Sistema de Seguridad Social Integral, dentro del cual se encuentra el Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a la población una protección frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común, [36] el Sistema General de Pensiones consagró el reconocimiento de una pensión de invalidez para aquellas personas que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 39 de la citada ley y, para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubieren reunido los requisitos para adquirir esa prestación, el Sistema estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva.

Ahora bien, es necesario analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de los casos en los que la causa de la invalidez de los pacientes se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, en los que la estructuración de la invalidez se establece en una fecha anterior al dictamen, pues en algunos casos, se ha determinado que ese dictamen vulnera el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los afiliados al Sistema.

Con ese fin, es pertinente indicar que la pérdida de capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley,[37] 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,[38] 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.[39]

En el Decreto 917 de 1999 “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”, se define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “[...] en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. 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”.

Así, es posible que, en razón de la enfermedad que genera la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración del estado de invalidez sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen,[40] a pesar de que la persona haya conservado sus capacidades funcionales y cotizado al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración. En estos eventos, la Corte ha sostenido que:

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[41] superior al 50[42] %, tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez - Decreto 917 de 1999-[43].

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, por cuanto, en primer lugar, desconoce que, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de este tipo de padecimientos puede continuar desarrollando

sus actividades; en segundo lugar, no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, lo cual puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de pensiones al “benefici[arse] 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.”[44] y finalmente contraría el artículo 3 del Decreto 917 de 1999.

[...]

En este orden de ideas, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50%. y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.”[45] (negrilla en texto original).

En desarrollo de lo anterior, las entidades encargadas de determinar el estado de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, cuando establezcan la fecha de estructuración de la invalidez, deben tener en cuenta que dicha fecha corresponde al momento en el cual el afiliado al Sistema General de Pensiones perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.

Esta posición fue asumida por la Corte en la sentencia T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), en la cual se estudió una acción de tutela interpuesta por una persona que sufría una enfermedad mental de muy larga evolución, quien se afilió al Sistema General de Pensiones desde julio de 1983 y había cotizado de manera ininterrumpida por más de 21 años. Su enfermedad fue calificada con un porcentaje de pérdida de su capacidad laboral del cincuenta y uno punto diez por ciento (51.10%), pero al momento de practicarse el dictamen correspondiente se estableció que la fecha de estructuración de su invalidez fue el 17 de noviembre de 1983, razón por la cual, la entidad accionada le había negado el

reconocimiento de la pensión por no haber cumplido el requisito de cotizar 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

La Corte encontró que la estructuración de la invalidez se estableció en una fecha en la que la actora sufrió un episodio clínicamente difícil. Sin embargo, teniendo en cuenta que la actora continuó aportando al Sistema por más de 21 años, consideró poco verosímil asumir que ese fue el momento en el que la actora perdió definitivamente su capacidad laboral. Por esta razón, tomó como fecha de estructuración el momento en que la actora solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez. Concretamente dijo:

“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”. [46]

Por lo anterior, 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, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de 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, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.

Una vez reiterada la jurisprudencia de la Corte sobre el establecimiento en forma retroactiva de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la Sala de Revisión hará una breve exposición sobre la protección constitucional e internacional de las personas con discapacidad.

7. Porvenir S.A. vulneró el derecho a la seguridad social del señor J.J. al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque no tuvo en cuenta que luego de la fecha en que se fijó la estructuración de la invalidez del actor, este aún conservaba su capacidad laboral e hizo aportes al Sistema.

El señor J.J. interpuso la acción de tutela objeto de estudio solicitando la protección de sus derechos fundamentales mediante el reconocimiento de las incapacidades labores causadas desde el 7 de abril de 2012, o mediante el reconocimiento de la pensión de invalidez. En concepto del actor, Porvenir S.A. está vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana, ya que, aunque perdió en forma definitiva el 67.75% de su capacidad laboral, esta entidad no le ha reconocido su pensión de invalidez, razón por la cual, considera que esa entidad está obligada a seguirle cancelando las incapacidades hasta que ingrese en la nómina de pensionados.

La Sala de Revisión encuentra que el señor J.J. fue calificado mediante dictamen del 26 de enero de 2011, con una pérdida de capacidad laboral del 67.75%, estructurada a partir del 2 de octubre de 2003, y con fundamento en ese dictamen, Porvenir S.A. le negó al actor la pensión de invalidez mediante comunicación del 13 de marzo de 2012. Por esta razón, y ante la necesidad de proteger los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala de Revisión debe estudiar si esta decisión estuvo debidamente fundamentada, ya que, en principio, la pensión de invalidez es la prestación que el Sistema de Seguridad Social Integral prevé para garantizar los derechos fundamentales de los afiliados que han perdido más del 50% de la capacidad laboral.

Al respecto, la Sala de Revisión encuentra que esta fecha no puede corresponder al momento en el que el actor perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, ya que en su historia laboral se evidencia que entre su afiliación a Porvenir S.A. el 24 de agosto de 2006 y el 26 de enero de 2011, momento en el que se calificó su invalidez, el actor laboró como trabajador dependiente en distintas empresas, e hizo aportes por 177.5 semanas.[48]

Con fundamento en lo expuesto y en aplicación de la jurisprudencia de esta Corporación T-561 de 2010; T-420 de 2011; T-432 de 2011 y T-671 de 2011, la Sala de Revisión debe

concluir que Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor J.J. al hacer el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 2 de octubre de 2003, desconociendo que luego de esa fecha el actor aún no había perdido en forma permanente y definitiva su capacidad laboral. En consecuencia, y con el fin de proteger los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, la Sala de Revisión considera que el estudio sobre el cumplimiento de los requisitos legales para obtener la pensión de invalidez por parte del señor J.J. debe hacerse a partir del 16 de enero de 2011, fecha en la que Seguros de Vida Alfa S.A. calificó su pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, con fundamento en lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993,[49] el señor J.J. tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, porque está acreditado que perdió su capacidad laboral en el 67.75%, y porque en los tres años anteriores a la fecha en que se calificó su capacidad laboral el 26 de enero de 2011, el actor hizo aporte por 120.4 semanas.[50] En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Girardota el 11 de diciembre de 2012, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana el 30 de octubre de 2012, y en su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor J.J., y se ordenará a Porvenir S.A. que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia le reconozca la pensión de invalidez al actor a partir del mes de abril de 2012, momento en que suspendió el pago de las incapacidades laborales al actor, con fundamento en las razones expuestas en esta sentencia.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Girardota el 11 de diciembre de 2012, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana el 30 de octubre de 2012, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital

del señor J.J.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a Porvenir S.A. que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la pensión de invalidez al señor J.J. a partir del mes de abril de 2012, con fundamento en las razones expuestas en las consideraciones de esta sentencia.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

A LA SENTENCIA T-551/13

Referencia: Expediente T-3790758.

Acción de tutela presentada por J.J. contra Porvenir S.A.

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, en esta ocasión me permito aclarar el voto por las razones que expongo a continuación.

En la sentencia objeto de análisis, se decidió tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor J.J., y por tanto, ordenar a Porvenir S.A., entidad accionada, reconocer la pensión de invalidez al actor, con fundamento en que la fecha de estructuración de la invalidez fijada por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S.A. (dos de octubre de 2003), que sirvió para verificar los requisitos legales del derecho pensional en cuestión, no pudo corresponder al momento en el que el accionante perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, toda vez que en la historia laboral del señor J.J., se observa que entre su afiliación a dicha Administradora de Fondos de Pensiones (el 24 de agosto de 2006), y el día en el que se calificó su invalidez (el 26 de enero de 2011), el actor laboró como trabajador dependiente en diferentes empresas, y realizó aportes al mencionado Fondo de Pensiones.

Si bien comparto el sentido de la decisión, en cuanto protege a un sujeto que padece una enfermedad degenerativa, y que en virtud de una capacidad laboral residual, tuvo la oportunidad de seguir desarrollando sus actividades de trabajo y continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social, ya que su pérdida de productividad y fuerza laboral ocurrió de forma gradual; me aparto de la manera como se sustentó la misma, por cuanto estimo que en casos como el presente, para efectos de determinar el derecho pensional y verificar el cumplimiento de los requisitos legales para su obtención, el juez constitucional no puede alterar la fecha de estructuración de una pérdida de capacidad laboral, aspecto que viene definido por un sujeto competente con base en criterios y motivos técnico-científicos que requieren la intervención de una persona profesional en el área de la medicina.

Así pues, teniendo en cuenta que en el sub judice, primero, el accionante conservó cierta capacidad funcional que le permitió desempeñarse en algunas labores a pesar de estar estructurada a partir del año 2003 su pérdida de capacidad laboral equivalente al 67.75%, y, segundo, que realizó cotizaciones al Sistema General de Pensiones hasta el año 2011 en virtud de tales vínculos laborales; resulta contrario al derecho fundamental de la seguridad social, tal y como se manifestó en la sentencia, no tener en cuenta los aportes realizados en ese periodo, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Dilucidado lo anterior, considero que en casos semejantes, en los que en razón de la capacidad laboral residual la persona efectivamente haya seguido trabajando y aportando al Régimen de Seguridad Social con posterioridad a la estructuración de la invalidez, y no se observe un ánimo de defraudar al Sistema; para determinar el derecho a la pensión de invalidez y comprobar los requisitos legales para su obtención, en virtud de una regla de creación jurisprudencial, se deben tener en cuenta los aportes realizados entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma, tal y como esta Corporación lo ha sostenido en más de una oportunidad[51]. Ello implica, inaplicar para el caso concreto la previsión legal sobre la fecha de referencia para establecer el requisito de cotización, y en su lugar disponer que se tengan en cuenta las cotizaciones realizadas entre la fecha de estructuración y la de calificación.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013), proferido por la Sala de Selección Número Cuatro.

[2] En el expediente obra copia del formulario de afiliación del señor J.J. al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el que el actor manifiesta que nació el 31 de agosto de 1975. (Folio 91 del cuaderno principal). En adelante, cuando se cite un folio debe entenderse que hace parte del cuaderno principal, a menos que expresamente se diga otra

cosa.

[3] En el expediente obra copia del formulario de afiliación del señor J.J. al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., documento en el que consta que se afilió a esa entidad desde el 2 de octubre de 2006. (Folio 91).

[4] Como documento anexo al escrito de tutela, el actor aportó copia de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín el 20 de febrero de 2012, dentro de una acción de tutela anterior que interpuso en contra de la sociedad Emprestur S.A. En esa providencia se señala que el señor J.J. empezó a sufrir incapacidades desde el 29 de septiembre de 2010. (Folio 24).

[5] En el expediente obra copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por el Grupo Interdisciplinario de calificación de pérdida de capacidad laboral y origen de Seguros de Vida Alfa S.A. el 26 de enero de 2011, en el que se reseña que el actor fue diagnosticado HIV positivo el 15 de septiembre de 2002. (Folios 90, 92 y 93).

[6] Folios 90, 92 y 93.

[7] Folios 23 - 29. El aparte citado se encuentra específicamente en el reverso del folio 28.

[8] Folios 96 y 97.

[10] Folio 12.

[11] Folio 16.

[12] En el expediente obra copia de la sentencia de tutela proferida el 20 de febrero de 2012 por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, dentro de la acción interpuesta por el señor J.J. en contra de la sociedad Emprestur S.A., y a la que fueron vinculadas Porvenir S.A., Comfenalco EPS y el Instituto de Seguros Sociales. En la parte resolutive de la sentencia se tutelaron los derechos fundamentales del actor y se ordenó a la AFP Porvenir S.A. “[...] que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente proveído, le cancele al señor [J.J.] los subsidios que le corresponde en razón de su incapacidad, a partir del 30 de octubre de 2011, y lo continúe

haciendo hasta tanto se defina el derecho a la pensión de invalidez o eventualmente sea rehabilitado.” (Folio 23-29. El aparte citado se encuentra específicamente en el reverso del folio 28).

[13] Folio 80.

[14] Folios 19 – 24 del cuaderno de revisión.

[15] Véase la sentencia T-184 de 2005 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En esta sentencia se estudió una acción de tutela interpuesta por una persona que solicitó la protección de su derecho a la vivienda digna, el cual consideró que estaba siendo vulnerado por una entidad financiera que adelantó un proceso ejecutivo hipotecario en su contra, en el que finalmente se ordenó el remate y entrega del inmueble. La Corte, luego de sistematizar los presupuestos de la temeridad, encontró que la actora había interpuesto una acción de tutela previa en contra de la entidad financiera, por los mismos hechos, y con las mismas pretensiones. En consecuencia, negó la tutela de los derechos de la actora por haberse acreditado la duplicidad en el ejercicio de la acción de tutela. En el mismo sentido, la sentencia T-679 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa).

[16] Sentencia 010 de 1992 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

[17] Constitución Política de Colombia. “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. [...] Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. || Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. || Son deberes de la persona y del ciudadano: || 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; [...].”

[18] Constitución Política de Colombia. “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. [...].”

[19] Sentencia T-010 de 1992 (MP. Alejandro Martínez Caballero). En esta sentencia la Corte estudió la posible configuración de una actuación temeraria de un coronel retirado de la Policía Nacional, que interpuso nueve (9) acciones de tutela ante diferentes autoridades judiciales en las que solicitaba la protección de sus derechos al buen nombre, a la vida y a la integridad personal. La Corte rechazó sistemáticamente la revisión de las tutelas seleccionadas.

[20] Sentencia T-151 de 2012 (MP. Juan Carlos Henao Pérez). En esa oportunidad se estudió la acción de tutela presentada por una persona de avanzada edad, que solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social, el cual consideró vulnerado por el Instituto de Seguros Sociales al negarle el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su hijo. En sede de revisión, la Corte Constitucional verificó que la actora había adelantado un proceso laboral previo en el que los jueces ordinarios no accedieron a su pretensión de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Igualmente, constató que la accionante había adelantado dos acciones de tutela previas en contra de la Corte Suprema de Justicia, solicitando la protección de su derecho al debido proceso y a la seguridad social. La Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela porque consideró que sobre esa controversia había operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

[21] Sentencia T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudia si es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando el incremento de su mesada pensional. En este caso la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, los cuales negaron la tutela del derecho, pues consideró que para el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable. Esta sentencia reitera los argumentos planteados en la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

[22] Folios 90-93.

[23] 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.

[24] Sentencia T-077 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil), antes citada.

[25] Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 227. Valor de auxilio. “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”

[26] “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad”.

[27] Decreto 770 de 1975, “por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad”. Artículo 9°. “En caso de enfermedad común el Instituto otorgará al asegurado directo las siguientes prestaciones y servicios: [...] c) Cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo, el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal a), se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días; || d) El subsidio se reconocerá desde el 4° día de incapacidad, excepto en los casos de hospitalización, en los cuales el subsidio se pagará desde el primer

día de permanencia en el hospital. Para la determinación del valor del subsidio en dinero, se trata en cuenta el salario de base del asegurado, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad. || Artículo 10. El término de 180 días previsto en el artículo anterior, podrá prorrogarse hasta por 360 días más exclusivamente en cuando a las prestaciones asistenciales, siempre que exista pronóstico favorable de curación. En este caso, el subsidio sólo se pagará durante los primeros 180 días de incapacidad excepto cuando el asegurado tenga al cumplir tal periodo derecho a las prestaciones por invalidez en cuyo caso se prorrogará el subsidio en cuantía de un 50% de su salario base, hasta la definición de su situación por los servicios médicos.”

[28] Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Artículo 206. “Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

[29] “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez”.

[30] Decreto 2463 de 2001, “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez”. Artículo 23. “Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez. || La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. || [...] Las administradoras de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la entidad promotora de salud. || [...] Para los casos de

accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. || [...] Cuando la junta de calificación de invalidez encuentre incompleto el proceso de tratamiento y rehabilitación, existiendo una administradora de riesgos profesionales o empresa promotora de salud obligada a continuar dicho tratamiento, se abstendrá de calificar y devolverá el caso a la entidad respectiva. || De conformidad con lo señalado en la ley, la administradora del sistema de seguridad social integral o la entidad de previsión social correspondiente que incumpla con el pago de los subsidios por incapacidad temporal, será sancionada por la autoridad competente.”

[31] MP. Álvaro Tafur Galvis (unánime).

[32] En la sentencia C-543 de 2007 (MP. Álvaro Tafur Galvis, unánime), la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del monto del auxilio monetario por enfermedad no profesional establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo. En concepto del demandante, esta norma vulneraba el derecho a la igualdad de los trabajadores con incapacidades por enfermedades comunes respecto de los trabajadores con incapacidades profesionales, ya que a estos últimos se les reconoce un subsidio por monto total de su salario durante 180 días, mientras que a aquellos la norma les reconoce un auxilio equivalente a las dos terceras (2/3) partes del salario. Por otra parte, argumentó que la norma desconocía que el trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, porque en la enfermedad la remuneración se le reducía a las dos terceras (2/3) partes del salario. La Corte concluyó que la norma no vulneraba el derecho a la igualdad de los trabajadores con incapacidades por enfermedad común frente a los trabajadores incapacitados por accidente de trabajo o enfermedad profesional, ya que estos dos grupos de trabajadores se encontraban en situaciones fácticas diferentes y las prestaciones comparadas cubrían riesgos distintas, lo que impedía que se hiciera un juicio de igualdad. Finalmente, en relación con la vulneración de la garantía a una remuneración mínima vital y móvil de los trabajadores, la Corte concluyó que esta se vulneraría en aquellos casos en los

que el auxilio resulte inferior al salario mínimo legal, razón por la cual condicionó la exequibilidad norma “en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente”.

[33] Ver, entre otras, la sentencia T-333 de 2013 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En esa oportunidad se estudió una acción de tutela interpuesta por una persona a quien no le habían canceladas las incapacidades laborales superiores a los primeros 180 días de recuperación de una enfermedad que padecía. La Corte encontró que la EPS y la AFP a las que se encontraba afiliado el actor le habían vulnerado sus derechos fundamentales. La primera de esas entidades, porque no remitió oportunamente al actor a la AFP, y esta última entidad, porque consideró que el pago de las incapacidades le correspondía a su aseguradora. Al respecto, se indicó que las AFP son las entidades encargadas de reconocer las incapacidades laborales superiores a los 180 primeros días, razón por la cual, la posición de la entidad accionada en el caso objeto de estudio resultaba inadmisibles “desde la óptica de los amplios precedentes constitucionales que propugnan por la atención oportuna de quienes sufren una incapacidad laboral”. En consecuencia, tuteló los derechos fundamentales del actor, y ordenó a la AFP accionada que le reconociera las incapacidades laborales reclamadas.

[34] Sentencia T-468 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

[35] En lineamiento con lo anteriormente dicho, la jurisprudencia de esta Corporación, en más de una oportunidad se ha pronunciado al respecto. Así, en sentencia T-137 de 2012 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), se precisó lo siguiente: “En conclusión, en caso que al trabajador, por causa de su estado de salud, le sean expedidas por su médico tratante, incapacidades y éstas no superen los 180 días, en primer lugar le corresponde a la Empresa Promotora de Salud el pago de las mismas; sin embargo, en el evento que se sobrepasen los 180 días, el responsable de su pago es el fondo de pensiones, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud. Si el dictamen indica que el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, se causará en su favor la pensión de invalidez, siempre y cuando se cumpla con los demás requisitos legales. || Igualmente, si el dictamen de pérdida de capacidad laboral arroja que el trabajador presenta una incapacidad inferior al 50%, y se siguen prescribiendo incapacidades laborales por el médico tratante, le corresponderá al fondo de pensiones

seguir pagándolas, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación o hasta que este se emita, o se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez.” (negrilla fuera del texto original). En el mismo sentido, se pueden revisar las sentencias T-727 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-684 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-9202 de 2009 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[37] 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”.

[38] 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.”

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

[40] El artículo 3 de Decreto 917 de 1999 al definir la fecha de estructuración señala: “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”.

[41] 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”.

[42] 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”.

[43] Corte Constitucional, Sentencia T163 de 2011.

[44] Corte Constitucional, Sentencia T-699A de 2007.

[45] Sentencia T-671 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), antes citada. En el mismo sentido, se pueden revisar las sentencias T-420 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y T-432 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo).

[46] Sentencia T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

[47] Folio 90.

[48] Folios 21 - 24 del cuaderno de revisión.

[49] 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. [...]”

[50] Folios 21-24 del cuaderno de revisión.

[51] Al respecto ver las sentencias T-485 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-138 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.