

Sentencia T 681/15

ACTUACION TEMERARIA-Concepto

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos para su configuración

La Corte Constitucional ha explicado los supuestos que deben tenerse en cuenta para considerar cuándo existe una actuación temeraria, en los siguientes términos: “1.- La formulación de más de una demanda, con miras a obtener la misma protección, fundada en igual situación fáctica; 2.- Que tales demandas sean presentadas por la misma persona, o por quien la represente o apodere; 3.- Que la reiterada pretensión de amparo se realice sin motivo expresamente justificado, es decir sin razón o fundamento alguno. Debe agregarse que es deber del juez estudiar con sumo cuidado cada caso en los que se presume la temeridad en la acción de tutela.”

TEMERIDAD-Inexistencia para el caso

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-
Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MATERIA
PENSIONAL-Procedencia excepcional

Atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, si el reconocimiento del derecho a la pensión adquiere importancia constitucional con ocasión de la necesidad de salvaguardar y garantizar los derechos fundamentales de quien solicita el amparo, la tutela será procedente teniendo en cuenta que es necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que la negativa a reconocer la pensión implica la afectación de derechos fundamentales, que la decisión de la administradora de fondos de pensiones desconoce preceptos legales y constitucionales y resulte por tanto arbitraria, el medio judicial principal u ordinario, no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

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

PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

PENSION DE INVALIDEZ-Marco normativo

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

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

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Aplicación/PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA PORTADORA DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden a Porvenir, si no lo hubiere hecho aún, inicie trámites necesarios para reconocer y pagar a accionante pensión de invalidez

Referencia: expediente T-5.004.206

Acción de tutela instaurada por Carlos Arturo contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el Instituto de Seguros Sociales y Axa Colpatria Seguros S.A.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil quince (2015).

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, profiere la presente:

SENTENCIA

Como quiera que el accionante ha sido diagnosticado con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), la Sala y la Secretaría de esta Corporación se abstendrán de suministrar información que conduzca a su identificación, en resguardo del derecho a la intimidad que asiste al interesado.

En consecuencia, en la versión que se publicará de esta providencia el nombre real del promotor del amparo ha sido sustituido por el nombre ficticio de Carlos Arturo.

I. ANTECEDENTES

El 8 de octubre de 2014 el señor Carlos Arturo promovió acción de tutela en nombre propio contra la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., por considerar que esta vulneró sus derechos a la vida digna, a la intimidad, a la seguridad social y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que afirma tener derecho.

A. Hechos.

1. El accionante -de 50 años de edad[2]- manifiesta que padece VIH[3] y que como consecuencia de este diagnóstico ha sufrido, entre otras afecciones a su salud, de toxoplasmosis[4] y neuropatía medicamentosa[5], las cuales le han impedido seguir laborando en el oficio de peluquero que desempeñaba, toda vez que con ocasión de estas enfermedades presenta semi-parálisis de los miembros superiores e inferiores afectándose con ello su movilidad y fuerza.

2. Señala que el 11 de abril de 2002 fue calificado con una pérdida de capacidad

laboral de 75.45%, con fecha de estructuración 22 de octubre de 1999[6], razón por la cual en el año 2002 elevó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la Administradora de Fondos de Pensiones[7].

3. Manifiesta que la solicitud le fue negada y en su lugar le devolvieron los saldos de su cuenta de ahorro individual, bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y que tampoco le era aplicable la normatividad anterior -Decreto 758 de 1990-, por no ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

4. Expone que acudió a la jurisdicción laboral para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez. No obstante, afirma, mediante sentencia del 9 de noviembre de 2007 se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación a cargo de BBVA Horizonte S.A. respecto del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del demandante. La pretensión fue negada por no cumplir los requisitos legales.

5. Señala que en el mes de noviembre de 2007 radicó escrito de apelación contra la decisión proferida en primera instancia, pero que la oficina judicial de Bucaramanga a la que se envió el recurso de apelación vía fax acusó el recibo del mismo como extemporáneo, viéndose afectados sus intereses.

6. Precisa que tiene derecho a que se le aplique la condición más beneficiosa en materia pensional, toda vez que a 1º de abril de 1994, cuando entró a regir la ley 100 de 1993, ya cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 6º del Decreto 758 de 1990[8], por cuanto tenía cotizadas 381.57 semanas al I.S.S. y a 31 de mayo de 1996 un total de 448.86 a la misma entidad.[9]

7. El actor hace referencia a una noticia de prensa titulada “Trabajadores con Sida tienen derecho a pensión por invalidez”, e indica que en ella se lee que la Corte Constitucional advirtió a las entidades encargadas de administrar pensiones y cesantías, que deben tener en cuenta durante la valoración de la incapacidad laboral de un trabajador portador del VIH-SIDA que la misma consiste en una enfermedad que deteriora diariamente al trabajador y que por ello se encuentran en la obligación de otorgar la pensión de invalidez. Con base en la noticia referida el actor estructuró su interpretación frente a la pensión de invalidez de personas diagnosticadas con VIH.

8. Solicita que se reconozca su pensión de invalidez y de ser necesario se solicite a Porvenir -último fondo de pensiones y cesantías al que realizó sus aportes- información sobre su bono pensional y le sean descontados de su pensión los valores efectivamente pagados por concepto de la devolución de saldos en su favor.

9. Finalmente, relata que con anterioridad había presentado tutela únicamente contra la Administradora de Pensiones (sin que se vinculara al ISS) pretendiendo de igual manera el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por lo que acota que el amparo ahora solicitado no puede considerarse temerario, especialmente si se tiene en cuenta su delicado estado de salud.

B. Pruebas

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Arturo (folio 6 del cuaderno principal de tutela).

- Copia del reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, emitido el 6 de octubre de 2014 (folio 9 del cuaderno principal de tutela).

- Copia del periódico El Universal, de fecha 14 de marzo de 2013, en el que se lee una noticia relacionada con la forma como la Corte Constitucional ha valorado la pérdida de la capacidad laboral de una persona con VIH (folio 10 del cuaderno principal de tutela).

- Órdenes médicas expedidas por la Fundación Cardiovascular de Colombia, que certifican que el actor padece VIH desde hace 30 años (folios 11-23 del cuaderno principal de tutela).

C. Trámite procesal

La acción de tutela fue interpuesta el día 8 de octubre de 2014 y su conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, el que mediante auto de 9 de octubre de ese mismo año admitió la demanda, ordenó notificar a las entidades accionadas y solicitó a Porvenir Pensiones y Cesantías que (i) informara si Colpensiones o el ISS cancelaron el bono pensional correspondiente y (ii) precisara el número total de semanas cotizadas por el accionante.

D. Contestación de la entidad accionada

Mediante escrito radicado el 16 de octubre de 2014, Porvenir S.A.[10] señala que rechazó la solicitud de pensión de invalidez del accionante por no cumplir “con los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de invalidez. Así mismo esta Sociedad Administradora informó al señor [Carlos Arturo] sobre la procedencia y requisitos para efectuar la devolución de saldos que trata el artículo 72 de la Ley 100 de 1993 (...)”, surtiéndose efectivamente dicho trámite.

Señaló que el principio de favorabilidad opera ante la existencia de dos normas simultáneas, lo que no ocurre en este caso. Y solicitó vincular a Colpatria S.A., en la medida en que para la fecha de estructuración de la invalidez -22 de octubre 1999- “se tenía contratado el seguro previsional con dicha Compañía de Seguros y fue dicha Aseguradora la entidad que objetó el pago de la suma adicional necesaria para financiar una eventual prestación al accionante”.

E. Incidente de Nulidad.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante providencia del 22 de octubre de 2014, declaró la improcedencia de la acción de tutela.

El 31 de octubre de 2014 se asignó su conocimiento en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Santander, el cual, mediante pronunciamiento del 14 de noviembre de 2014, decretó la nulidad de lo actuado por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga[11], por no haber vinculado al proceso a Colpensiones (ISS en la actualidad) y a la Aseguradora Colpatria.

F. Vinculación y respuesta de Colpensiones y Aseguradora Colpatria

Una vez devuelto el expediente al a quo, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga ordenó vincular al proceso a Colpensiones y a la Aseguradora Colpatria para garantizar a dichas sociedades su participación en el proceso.

(i) Axa Colpatria Seguros S.A. respondió que el fondo de pensiones Colpatria al que el señor Carlos Arturo se afilió durante el periodo comprendido entre septiembre de 1996 hasta 1997 estuvo a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones Colpatria, Sociedad

Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.[12]. Aclaró que Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. “no tiene relación jurídica con AXA Colpatria Seguros S.A. debido a que esa sociedad administradora de pensiones y cesantías actualmente no existe como persona jurídica, toda vez que fue adquirida por la compañía BBVA Horizonte – Pensiones y Cesantías S.A. Es un hecho de público conocimiento que el Fondo de Pensiones Colpatria participó en un proceso de fusión por absorción, siendo la sociedad absorbente Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE”.

(ii) Colpensiones guardó silencio en relación con las manifestaciones del accionante.

G. Decisión de primera instancia

Una vez vinculadas las entidades referidas, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante providencia del 15 de diciembre de 2014, declaró la improcedencia de la acción de tutela al considerar trasgredido el principio de la cosa juzgada toda vez que el caso ya había sido ventilado ante la justicia ordinaria -por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga- con observancia de las reglas propias del juicio.

H. Impugnación

Mediante escrito de 27 de octubre de 2014 el accionante impugnó la sentencia de primera instancia. Manifestó que cumple con los requisitos del artículo 6º del Decreto 758 de 1990, que exige tener cotizadas 300 semanas en cualquier tiempo, lo cual no fue interpretado correctamente por el Juez Tercero Laboral, quien además no tuvo en cuenta su condición de sujeto de especial protección por padecer de VIH, ni le aplicó la condición más beneficiosa que opera en su caso.

I. Decisión de segunda instancia

El 9 de febrero de 2015 el Tribunal Administrativo de Santander revocó el fallo de primera instancia al considerar que “no es posible que el fenómeno de la cosa juzgada pueda estructurarse, en el presente asunto, como lo hizo el juez de primera instancia, sin mayor análisis, pues en el proceso ordinario instaurado por el actor, se hizo el respectivo juicio de legalidad y en la acción de tutela se ventila la vulneración de un derecho fundamental”.[13]

No obstante, declaró la improcedencia del amparo, en tanto el actor acudió al juez constitucional cerca de 7 años después de proferido el fallo de la jurisdicción laboral mediante el cual se le negó el derecho pensional, sin satisfacer el requisito de inmediatez.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política de 1991, como en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para decidir el presente asunto.

2. Asunto previo: inexistencia de temeridad.

Toda vez que el accionante afirma haber presentado con anterioridad una acción de tutela contra la administradora de fondos de pensiones accionada, antes de definir cualquier otro asunto la Sala se pronunciará acerca de una posible temeridad. Lo anterior aun cuando la entidad demandada no se manifestó al respecto.

Esta Corte se ha referido a la actuación temeraria como aquella que trasgrede o desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona que despliega la misma despliega una actitud ilegítima para satisfacer intereses individuales a toda costa, lo que se convierte en un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin fundamento se instaura nuevamente una acción de tutela.[14]

La Corte Constitucional ha explicado los supuestos que deben tenerse en cuenta para considerar cuándo existe una actuación temeraria, en los siguientes términos:

“1.- La formulación de más de una demanda, con miras a obtener la misma protección, fundada en igual situación fáctica; 2.- Que tales demandas sean presentadas por la misma persona, o por quien la represente o apodere; 3.- Que la reiterada pretensión de amparo se realice sin motivo expresamente justificado, es decir sin razón o fundamento alguno. Debe agregarse que es deber del juez estudiar con sumo cuidado cada caso en los que se

presume la temeridad en la acción de tutela.”[15]

En ese mismo sentido, en sentencia T-981 de 2006, esta Corte señaló que “la temeridad en la acción de tutela, se presenta cuando sin motivo expresamente justificado la misma situación sea presentada por igual persona o su representante ante varios jueces o tribunales (artículo 38 del Decreto 2591 de 1991). La disposición establece, como consecuencia de dicha conducta, que las solicitudes sean rechazadas o decididas desfavorablemente. Por tanto, quien promueve una acción de tutela está en la obligación de manifestar bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos (artículo 37 del citado Decreto).”[16]

En el caso bajo examen fue el mismo promotor del amparo quien puso en conocimiento, desde un principio, haber presentado con anterioridad otra tutela contra el fondo de pensiones, persiguiendo la misma pretensión -reconocimiento y pago de la pensión de invalidez- pero advirtiendo que la primera acción iba dirigida únicamente contra el fondo de pensiones mientras que en esta oportunidad se demandaba también al ISS, además de advertir que se encuentra en una situación fáctica diferente.

Ahora bien, toda vez que el actor no suministró detalles sobre cuándo y quién conoció de la misma, esta Sala evidenció, al revisar la base de datos de la Secretaría de esta Corporación, 5 expedientes de tutela a nombre del señor Carlos Arturo[17], adicionales al que se encuentra en curso, entre los que se destacan el T-1.952.***, T-2.357.*** y T-2.452.***, promovidos entre los años 2008 y 2009 contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, el Instituto de Seguros Sociales y contra estas dos entidades, respectivamente.

La presente acción de tutela se soporta en una situación diferente a la que se encontraba en el 2008 y 2009, descartándose una actuación temeraria y la vulneración del principio de la cosa juzgada. Por una parte, el peticionario manifiesta que actualmente se encuentra sin empleo, por lo que se ha visto afectado gravemente en su mínimo vital. Por otra, da cuenta del notable deterioro en su salud, debido a la enfermedad crónica y progresiva que padece.

Señala, además, que su nueva acción se encuentra respaldada en la actual posición de la Corte Constitucional, cuya evolución se ha dirigido a otorgar una especial protección a quienes padecen VIH, enfermedad crónica y degenerativa, por lo que considera que debe estudiarse su situación bajo la luz de los recientes fallos emitidos por esta Corporación en

materia de pensiones otorgadas a personas diagnosticadas con esta enfermedad. [18]

Lo anterior, sumado a la manifestación expresa que hizo el señor Carlos Arturo de haber acudido previamente a la acción de tutela desvirtúa la existencia de mala fe en su conducta y, por lo mismo, de temeridad en el ejercicio de la presente tutela.

3. Problema jurídico.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a esta Sala determinar previamente si es procedente la acción de tutela en el asunto objeto de revisión, teniendo en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Toda vez que se trata de un asunto sobre el cual la Corte Constitucional ya se ha pronunciado de manera reiterada, la Sala considera que en esa ocasión será suficiente aludir a: (i) la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos de quienes padecen VIH; (ii) el desarrollo legislativo de la pensión de invalidez; (iii) el principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez por la inexistencia de un régimen de transición; y (iv) la pensión de invalidez de personas con VIH. Con base en dicho análisis, (v) resolverá el caso concreto.

Es importante precisar que en esta oportunidad no se examinará la decisión adoptada por la justicia ordinaria ni se persigue en sede de tutela dejar sin efectos las decisiones adoptadas por esa jurisdicción, sino que se evaluará si efectivamente, por las condiciones en las que se encuentra actualmente el actor, se vulneran sus derechos fundamentales por el fondo de pensiones ante su negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de conformidad con los pronunciamientos recientes de esta Corte en la materia.

4. Procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos de quienes padecen VIH.

4.1. La Constitución Política consagra en su artículo 86 la tutela como un mecanismo dirigido a proteger los derechos fundamentales de todas las personas, cuando los mismos se encuentren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Sin embargo, este mecanismo no sustituye los medios ordinarios de defensa, por cuanto es de carácter subsidiario y residual.

En este sentido la Corte se ha referido a la tutela como el remedio que debe aplicarse de

manera urgente en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho que se encuentra amenazado o vulnerado, la cual solo resulta procedente ante la ausencia de otras herramientas judiciales diferentes.

En este sentido, es viable acudir a la acción si no se tiene a disposición otro medio judicial para la defensa de sus derechos, a menos que se halle ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, es decir que se concrete un menoscabo a un bien que puede deteriorarse y cuyo daño será irreversible, que ocurrida la mengua ya no puede recuperarse su integridad[19].

Teniendo en cuenta que no todos los daños que se ocasionan son irreparables[20], debe verificarse que se trate de (i) un perjuicio de carácter inminente, (ii) grave, (iii) que requiera la implementación de medidas urgentes para su supresión, (iv) que la acción de tutela deba ejercerse de manera inmediata sin que pueda postergarse su ejercicio so pena de configurarse el daño y (v) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial disponibles.[21]

En cuanto al principio de inmediatez, ha establecido que el ejercicio de la acción debe concretarse en un término prudente desde que se presenta la amenaza o se configura la vulneración del derecho fundamental, esto es, dentro de un tiempo oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser valorada por el juez atendiendo a las particularidades de cada caso en concreto.

Si bien es cierto que el objetivo de la Constitución Política es brindar una protección célere, no lo es menos que ante la inactividad injustificada del afectado o interesado el ordenamiento jurídico cierra la posibilidad de acudir al amparo constitucional y la persona debe recurrir a las instancias ordinarias.

Ahora bien, en relación con sujetos de especial protección constitucional, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela debe efectuarse con menos rigurosidad en atención de la especial situación en la que se encuentran, lo que conduce de igual manera a analizar con detenimiento cada caso concreto.

Dentro de esta categoría se sitúa a las personas que padecen VIH, respecto de quienes esta Corte ha señalado que en virtud de las características de la enfermedad gozan no sólo de

los mismos derechos que los demás, sino que reciben una protección especial dirigida a evitar que sean objeto de actos discriminatorios y defender así su dignidad. En tal sentido la Corte ha considerado el VIH como una enfermedad catastrófica, lo que implica un deterioro en la salud de quienes la padecen y lleva implícito el riesgo de muerte.

En Sentencia T-550 de 2008 esta Corte se refirió a la específica protección que se otorga a quienes se les ha diagnosticado VIH, en los siguientes términos: [22]

“La protección especial a ese grupo poblacional[23] está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana[24] de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios[25]. También ha sostenido que este deber constitucional de protección asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación.”[26] (Subrayado fuera del texto original).

En lo que tiene que ver con la aplicación de los criterios de subsidiariedad e inmediatez en los casos en que el actor padece una enfermedad catastrófica, esta Corte ha manifestado que su estudio no es exigible de manera estricta. En sentencia T-345 de 2009, por ejemplo, hizo alusión a la aplicación del principio de inmediatez en estos especiales casos de la siguiente manera[27]:

“La Corte Constitucional ha sostenido que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y cuando (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de

acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”. (Subrayado fuera del texto original).

En sentencia T-1028 de 2010, también se refirió al principio de inmediatez y señaló que “surtido el análisis de los hechos del caso concreto, el juez constitucional puede llegar a la conclusión de que una acción de tutela, que en principio parecería carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en realidad resulta procedente debido a las particulares circunstancias que rodean el asunto”. De esta manera, se refirió a algunos eventos –no taxativos- en los que esta situación se puede presentar, de la siguiente forma:

“(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “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”.

Como puede notarse, cada situación implica una labor de análisis y de argumentación del juez de tutela, quien se encargará de identificar la idoneidad y eficacia del medio de

defensa para cada asunto que examina.[28] Esta Corte considera que el ejercicio de la acción no tiene caducidad cuando recaiga sobre la vulneración de un derecho que ha persistido en el tiempo y se ejerza para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, especialmente si se persigue la reclamación de un derecho irrenunciable como los atinentes a la seguridad social, entre otros el derecho a la pensión de invalidez.[29]

En cuanto a la procedibilidad de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de esta prestación, cabe reiterar que en virtud del carácter residual y subsidiario de la misma, en principio ella resulta improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones, debido a que para tales efectos existen otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, como las acciones laborales ordinarias.[30] Con relación a ello en sentencia T-628 de 2008 se indicó:

“Este Tribunal ha considerado que los mecanismos ordinarios no suelen ser eficaces cuando se trata de personas que reclaman prestaciones económicas necesarias para su subsistencia y que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución) por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras. Frente a estas circunstancias, las acciones ordinarias no son lo suficientemente expeditas frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social.”[31]

De este modo, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, si el reconocimiento del derecho a la pensión adquiere importancia constitucional con ocasión de la necesidad de salvaguardar y garantizar los derechos fundamentales de quien solicita el amparo, la tutela será procedente teniendo en cuenta que “es necesario evitar la consumación de un perjuicio irremediable, [que] la negativa a reconocer la pensión implica la afectación de derechos fundamentales, [que] la decisión de la administradora de fondos de pensiones desconoce preceptos legales y constitucionales y resulte por tanto arbitraria, el medio judicial principal u ordinario, no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados[32]”. [33]

La acción de tutela será procedente aun cuando existan otros mecanismos de defensa, sí con ella se busca salvaguardar los derechos de personas que sufren una disminución en su capacidad laboral con ocasión de afecciones en su salud física o mental, de aquellos a quienes no se ha reconocido el derecho a la pensión y no tienen otro medio de subsistencia encontrándose en riesgo su sostenimiento y el de su núcleo familiar.

Lo que precede, teniendo en cuenta que la afectación de esos derechos trasciende el tema prestacional y compromete las condiciones de vida digna y el mínimo vital, además del derecho de pensión que en sí mismo adquiere bajo estas condiciones el carácter de fundamental, como lo ha advertido este Tribunal en otras ocasiones.[34]

En sentencia T-021 de 2010, por ejemplo, la Corte revisó el caso de una señora que consideró vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por una empresa que se negó a reconocerle la pensión de sobrevivientes. La Corte explicó la procedencia de la acción de tutela en los siguientes términos:

“Esta Sala considera que, en esta oportunidad, la acción de tutela procede, por cuanto, se configura una de las dos excepciones propuestas por la jurisprudencia de esta Corte, pues la peticionaria padece de VIH-SIDA, enfermedad que genera un detrimento significativo en la salud de la actora. La circunstancia antedicha enmarca a la accionante en el grupo sujetos considerados de especial protección constitucional, para los cuales el Estado tiene el deber de protegerlos y de sancionar cualquier abuso que se cometa en contra de ellos.

Adicionalmente se encuentra probado que la actora carece de otros medios para garantizarse su propia subsistencia, pues la enfermedad que padece, le impide desarrollar alguna actividad productiva y debido a esto la peticionaria no ha podido sufragar los gastos que conlleva su enfermedad, ni satisfacer sus necesidades básicas.”

Cabe mencionar otro caso en el que esta Corporación también declaró la procedencia de la acción de tutela, por ser el accionante una persona que padecía VIH y considerar que el procedimiento ordinario no sería eficaz[35]. En esa sentencia se dijo:

“Dado que el asunto bajo revisión se refiere al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la resolución de esta controversia le correspondería en principio a la jurisdicción laboral. Sin embargo, en contraste con los argumentos planteados por los

jueces de instancia, esta Sala considera que frente al análisis de la existencia del perjuicio irremediable no se efectuó una valoración de las afirmaciones que el actor incluyó en el escrito en el que solicitó la protección de sus derechos fundamentales, las cuales no fueron controvertidas ni refutadas por la entidad accionada.

En cuanto a la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela, tenemos que el demandante hace parte de un grupo de especial protección por parte del Estado pues padece VIH -SIDA, enfermedad que lo ha colocado en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre su vida misma, toda vez que este virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección, lo cual ha obstaculizado su normal desarrollo laboral. Así mismo, debe destacarse que el accionante, dado su padecimiento, presentaba una gran dependencia de su compañero permanente, quien le proporcionaba no solo ayuda afectiva sino también económica.

En el presente caso el solicitante se encuentra en condición de debilidad manifiesta, pues se trata de una persona que merece especial protección por parte del Estado, por su condición de portador de VIH -SIDA.

Lo anterior, permite inferir: i) la existencia de un perjuicio irremediable frente la negativa de la entidad accionada a reconocerle la sustitución pensional de su compañero permanente y; ii) que el procedimiento ordinario no es eficaz para la protección inmediata de sus derechos. En ese sentido, encuentra esta Sala procedente la presente acción de tutela como mecanismo de protección.”

Por lo anterior, esta Corte ha insistido en que exigir a las personas que se encuentran en las circunstancias de debilidad descritas, especialmente si sufren patologías crónicas o degenerativas como el VIH, que agoten los mecanismos ordinarios de defensa judicial constituye una carga desproporcionada.

Así las cosas, la acción de tutela para quienes se hallan en esta situación, se convierte efectivamente en el mecanismo que permite brindar la protección inmediata a derechos de carácter pensional, de los cuales se deriva en muchas ocasiones el único sustento económico de una persona para afrontar sus necesidades básicas diarias en condiciones dignas.

5. Desarrollo legislativo de la pensión de invalidez.[36]

5.1. El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[37], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[38], la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[39] y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales[40].

Cabe resaltar que son múltiples los instrumentos internacionales que consagran planteamientos dirigidos a la salvaguarda de los derechos de las personas que se hallan en condiciones de discapacidad, al señalar deberes de comportamiento que comprometen tanto al Estado como a las personas, estableciendo parámetros y lineamientos de acción que se dirigen a prevenir la discapacidad y a otorgar la atención requerida desde la perspectiva del derecho a la seguridad social.

5.2. A partir de lo anterior, la legislación interna ha desarrollado, con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, diferentes estructuras normativas dirigidas a regular y proteger efectivamente los derechos de quienes se encuentran en condición de invalidez, entre esas, el sistema de seguridad social que regula lo concerniente a las pensiones.[41]

Por su parte el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, se refiere al estado de invalidez como aquel que adquiere una persona que “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

La pensión de invalidez es una prestación de creación legal con respaldo constitucional en los artículos 25[42], 48[43] y 53[44], mediante la cual se busca proteger a aquellos sujetos cuya capacidad laboral se ha visto menguada en virtud de una afectación física o mental en su salud, la cual hace acreedora a la persona afectada de un conjunto de prestaciones de carácter económico y de salud, consideradas como esenciales e irrenunciables. [45]

La jurisprudencia ha reconocido la pensión de invalidez como un derecho que consiste en el reconocimiento y pago de una compensación económica que se entrega a aquellos cuya capacidad laboral se ha visto disminuida con el fin de salvaguardar sus necesidades básicas

y solventar la vida en condiciones dignas.[46] En concreto, este Tribunal ha definido la pensión de invalidez como “una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en la Carta Política”.[47]

5.3. Teniendo en cuenta el asunto que compete resolver a esta Sala, es pertinente hacer una breve reseña de la evolución normativa en materia pensional, a partir del Decreto 758 de 1990, ordenamiento con base en el cual el actor solicita le sea reconocido su derecho a la pensión de invalidez, para luego estudiar los requisitos establecidos con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, momento a partir del cual se implementó el Sistema de Seguridad Social Integral, junto con sus respectivas reformas.

El artículo 4º del Decreto 758 de 1990[48], estipuló cuándo se considera que una persona se encuentra en estado de invalidez, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4o. INVÁLIDO. Para los efectos de la pensión de invalidez por riesgo común, se considera inválido, la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente o cuyo motivo no haya sido la violación injustificada de los Reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios, hubiera perdido su capacidad laboral en los términos establecidos en el artículo 5o. del presente Reglamento.”

En cuanto a los requisitos para la obtención de la pensión fijó los siguientes:

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

a) Ser inválido permanente total[49] o inválido permanente absoluto[50] o gran inválido[51] y,

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

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, se instauró un nuevo marco normativo. En el artículo 39 de esa normatividad se establecieron los

requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión.

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”

Luego se modificaron los requisitos referidos mediante la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1°, además de la calificación de invalidez, exigió que el afiliado hubiese cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración o en su defecto que haya cotizado cincuenta semanas (50) dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

“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
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma

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

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

Los requerimientos exigidos en la normatividad que modificó la Ley 100 de 1993 implicaron una regulación más estricta para quienes ya se encontraban afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral, traducido en un grado de dificultad superior para adquirir el derecho a la pensión de invalidez.

5.4. De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de esa Ley[52], el Instituto de Seguros Sociales, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras de Salud -EPS- serán las encargadas de determinar la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado de invalidez de las personas.

El dictamen que emitan las entidades enlistadas debe incluir el porcentaje de la afectación en términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía, su origen y la fecha de estructuración, la cual define el momento en el que se consolida el derecho a exigir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez atendiendo a la normatividad vigente[53].

Por su parte, el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, Decreto 1507 de 2014, establece en lo atinente a la fecha de estructuración del estado de invalidez qué se entiende por dicho concepto y la importancia de la historia clínica para estos efectos. Dispone lo siguiente:

“Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Fecha de estructuración: Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las

secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.

(...)”

En este sentido, el momento desde el cual se comprueba que una persona ya no puede desempeñarse en una actividad en un trabajo habitual, de conformidad con lo establecido en el Decreto 917 de 1999[54], esto es, en términos materiales y no solo formales, será el que determine la fecha de estructuración. [55]

Por último, cuando las personas hayan sido calificadas con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, derivada de una enfermedad de carácter congénito, degenerativo o crónico, deberá tenerse en cuenta su estado de salud y establecerse como fecha de estructuración el momento a partir del cual efectivamente no pudieron volver a trabajar, toda vez que establecer como fecha el momento en el cual apareció el primer síntoma podría ser vulneratorio de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, por cuanto se desconocerían las cotizaciones efectuadas al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración.[56]

6. Principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez ante la inexistencia de un régimen de transición.[57]

6.1. La Corte Constitucional ha señalado que el juez que conoce asuntos en cuales el legislador ha omitido consagrar regímenes de transición que protejan los derechos de las personas, o lo ha hecho de manera incompleta, debe acudir a los criterios hermenéuticos tanto del derecho a la seguridad social como del laboral, y de este modo determinar si

procede o no el reconocimiento del derecho invocado por el beneficiario de la pensión o del trabajador.[58]

En el caso de la pensión de invalidez esta Corte ha evidenciado la débil protección otorgada por el legislador al omitir la creación de un mecanismo de salvaguarda de derechos eventuales -expectativas legítimas-, que no puede ser obviada por los jueces en su labor interpretativa del ordenamiento jurídico, por lo que deben aplicar el criterio de la condición más beneficiosa para analizar los asuntos que se sometan a su conocimiento.

“2º). En lo que concierne al primer punto de inconformidad, se impone precisar que la condición más beneficiosa opera precisamente en aquellos eventos en que el legislador no consagra un régimen de transición, porque de hacerlo no existiría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva. A este propósito ha sostenido esta Corporación, que el régimen de transición en las pensiones de vejez se da porque es viable considerar la mayor o menor aproximación a la edad y al total de cotizaciones exigidas bajo un régimen, para determinar el grupo de la población que eventualmente puede acceder a esa prestación (por el transcurso del tiempo – hecho determinable -, ya para completar cierta edad o para sumar un período de cotizaciones); mientras que en la de invalidez, por ejemplo, obedece a contingencias improbables de predecir, y por ende, no regulables por un régimen de transición (sentencia de 5 de julio de 2005, radicación 24.280).

3º). La condición más beneficiosa, tiene adoctrinado la Sala, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que las satisfizo. En ese horizonte, ha enseñado esta Corporación que tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por

la ley, tanto en lo que atañe al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera o simple expectativa.”. [59]

Esa Corporación consagró las características de la condición más beneficiosa en los siguientes términos: “(i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.”[60]

De igual forma ha señalado que la condición más beneficiosa se diferencia de otros mandatos interpretativos que se emplean en derecho laboral y de la seguridad social, como los son el principio de favorabilidad y el in dubio pro operario, presentándose el primero en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo y el segundo cuando ante a una misma norma laboral surgen varias interpretaciones adecuadas.[61] La Corte Suprema de Justicia ha establecido las siguientes características primordiales del principio de favorabilidad:

“Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como “un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica”; (ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica, y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo,, como un cuerpo o conjunto normativo.”[62]

En relación con el principio in dubio pro operario, se presenta cuando en relación con una misma norma laboral surgen varias interpretaciones razonables, lo que conlleva a escoger la que más le favorezca al trabajador. Esa Corte describió las particularidades del principio del siguiente modo:

“Tiene como particularidades las siguientes: (i) su aplicación se restringe para aquellos eventos en que nazca en el juez una duda en la interpretación, es decir, si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo; (ii) los jueces no están obligados en todos los casos a acoger como correctas las interpretaciones que de las normas propongan las partes, tanto demandante como demandado, y (iii) no se hace extensivo a los casos en que al juzgador pueda surgirle incertidumbre respecto de la

valoración de una prueba, esto es, la que resulta de defecto o insuficiencia en la prueba de los hechos, dado que el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra la potestad de los jueces de formar libremente su convencimiento y no los sujeta a una tarifa legal de prueba.”[63]

De lo expuesto se tiene que la condición más beneficiosa se refiere a la sucesión normativa que implica realizar una verificación entre una norma derogada y una vigente, mientras que la favorabilidad se relaciona con el conflicto que se presenta cuando se tiene duda sobre la aplicación de varias normas vigentes de trabajo; por su parte, el principio indubio pro operario se aplica cuando se presenta duda en la interpretación que se le debe dar a la norma aplicable.

Así, por ejemplo, en sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia, en la que se concedió el derecho a la pensión de sobrevivientes a la accionante, al establecerse que el causante alcanzó a cotizar el número de semanas exigido bajo el régimen anterior, esto es, bajo el Decreto 758 de 1990, al constatar que “ya habían ocurrido los supuestos fácticos fundamentales que el Acuerdo 049 de 1990 contempló para que surgiera el derecho a la pensión solicitada”. De igual manera expresó:

“5º). La condición más beneficiosa no atenta contra el principio de la sostenibilidad, dado que si el sistema pensional está diseñado bajo un régimen contributivo, el empleo de esta regla conlleva rigurosamente la verificación de que el afiliado haya aportado por lo menos las semanas mínimas que el legislador estimó eran más que suficientes para financiar la pensión consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. En ese orden de ideas, para este asunto se encontraban satisfechas para el reconocimiento de la mencionada prestación social, como aquí quedó plenamente acreditado.”

En este sentido, aceptó la aplicación de la condición más beneficiosa, toda vez que el causante alcanzó a cotizar el número de semanas exigido en el régimen anterior al que se encontraba vigente al momento de su muerte.[64]

6.2 En casos en los que la Corte Constitucional ha evidenciado que la normatividad anterior a la vigente resulta más favorable, toda vez que bajo ese régimen precedente el interesado

cumplió con los requisitos exigidos para acceder a la prestación pensional, ha aplicado el principio de condición más beneficiosa.

6.2.1 En Sentencia T-628 de 2007, por ejemplo, la Corte concedió el amparo solicitado a una persona diagnosticada con VIH y calificada con una pérdida de capacidad laboral de 53.92%, cuya pensión de invalidez fue negada por el ISS bajo el argumento de no cumplir con el requisito de tener 50 semanas previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ni 25 en el caso del parágrafo 2° del art. 1° de la Ley 860 de 2003, dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En esa ocasión se demostró que como en el asunto bajo examen el actor cotizó la mayoría del tiempo bajo la vigencia del Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990.[65]

En esa ocasión, aun cuando el actor no lo alegó, la Sala de Revisión estableció que el ISS debió considerar las especiales circunstancias del caso en atención del cambio legislativo que se presentó con la expedición de la Ley 100 de 1993. De este modo, advirtió que ante omisión del legislador de constituir un régimen transitorio, debía atenderse a los parámetros de justicia y equidad, y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esta Corte señaló:

“Sin embargo, aun cuando el actor no lo alegó, para la Sala de Revisión el ISS ha debido considerar las particulares circunstancias que rodean el presente caso atendiendo el cambio de condiciones legales que generó la expedición de la ley 100 de 1993. Concretamente ha debido verificar si el tránsito legislativo producido (del Decreto 758 de 1990 a la ley 100 de 1993) no había resultado más gravoso o regresivo en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando la Ley 100 no previó un régimen de transición. Se procederá, entonces, por la Sala a examinar los requisitos establecidos en uno y otro régimen pensional respecto a la situación concreta del señor XX.”

Con base en lo anterior, el amparo se otorgó bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, el cual establecía la posibilidad de cotizar para el seguro de invalidez 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez o contar con 300 semanas en cualquier época con anterioridad a la estructuración de la invalidez.[66] La Corte concluyó lo siguiente:

“Para el caso del señor XX, la Sala encuentra que el régimen establecido en el Decreto 758

de 1990 es el que lo favorece, pues a pesar de que la ley 100 de 1993 redujo el número de semanas cotizadas de 150 a 50 para acceder a la pensión de invalidez, también redujo de 6 a 3 años el lapso en que dichas semanas debían ser acreditadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Por ende, ateniendo el mandato de progresividad del Sistema de Seguridad Social, el legislador ha debido prever con la entrada en vigencia de la Ley 100, un régimen de transición que contemplara adecuadamente situaciones como la presente.”

6.2.2. En sentencia T-299 de 2010 la Corte Constitucional conoció el caso de una persona que había sido calificada con una pérdida de capacidad laboral del 64,7% y que contaba con 58 años de edad, a quien le fue negada la pensión de invalidez bajo el argumento de no haber cotizado 26 semanas durante el último año de aportes previo a la fecha de estructuración de su invalidez, como lo exigía la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en este caso el actor ya había cumplido con los requerimientos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Entre otras cosas, la Corte señaló que las autoridades, tanto administrativas como judiciales, debían realizar un análisis amplio de los casos en los que se presentaba un cambio de régimen a otro, sin limitarse exclusivamente a verificar los requisitos exigidos por la norma al momento de sobrevenir el hecho de la discapacidad o invalidez. En este sentido indicó:

“El señor [...] cotizó al régimen de pensiones del ISS 522 semanas conforme a la certificación que reposa en el plenario, de las cuales 474.86 fueron cotizadas antes del 1 de abril de 1994. Lo anterior cobra relevancia porque antes de la Ley 100 de 1993 regía en materia de pensiones el Decreto 758 de 1990, el cual exigía para tener derecho a la pensión de invalidez haber cotizado 150 semanas en los 6 años anteriores a la invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo con anterioridad a dicho estado.

Fuerza concluir que, al haber cotizado el accionante 474.86 semanas al sistema pensional antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, bajo el anterior régimen legal ya cumplía con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez.

Pero esta situación ni siquiera fue objeto de análisis en la resolución que negó la prestación económica, pues el ente accionado tan solo se limitó a aplicar sin mayores consideraciones

la ley vigente al momento en que se dictaminó la discapacidad. Lo cual no se aviene con los fines constitucionales que sostiene el sistema de seguridad social en pensiones, en este caso por invalidez, referido al desarrollo del principio de solidaridad que debe manifestarse a la persona que sufre una pérdida de capacidad laboral independientemente de su origen y, que la limita en el desempeño de un trabajo que le garantice el cubrimiento de las necesidades propias y del grupo familiar, cuando existe dicha dependencia.” (Subrayas fuera del texto original).

Con base en lo anterior, se concluyó que era contradictorio negar el derecho a la pensión de invalidez porque el actor no cotizó dentro del nuevo régimen legal un menor número de semanas al exigido en el anterior estatuto, con el que sí cumplía, medida que podría catalogarse como vulneradora de los derechos del interesado. En este sentido la Corte consideró poco garantista negar el derecho valorando únicamente el régimen legal bajo el cual sobrevino el hecho de la discapacidad laboral. Por esa misma línea advirtió:

“Ciertamente la decisión adoptada por el ISS fue una interpretación poco garantista del derecho social a la seguridad social y frente al caso particular, generó una inequidad que no fue advertida por el juez de primera instancia, pues resulta paradójico que al peticionario, cotizando más de 400 semanas bajo el régimen anterior, no le sea reconocida la prestación económica por ausencia de cotización de 26 semanas en el último año.”

Manifestó que la negativa a otorgar y pagar la pensión de invalidez trasgrede, bajo estos supuestos, los principios “constitucionales de equidad, justicia, seguridad jurídica y confianza legítima del afiliado, al desconocer el derecho adquirido del trabajador que ya había logrado consolidar su derecho al reconocimiento de la prestación económica en la anterior legislación.” En esa misma sentencia la Corte precisó:

“Específicamente, en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el acuerdo número 49 del mismo año, se requería para acceder a la pensión de invalidez además del requisito de discapacidad permanente el de haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época, con anterioridad a dicho estado. De otro lado, en la Ley 100 de 1993 que entró en vigencia a partir del 1 de abril de 1994, se requería que, el afiliado hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez o que habiendo dejado de cotizar al sistema,

hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento de la configuración del estado de invalidez.”

A la luz de este tránsito legal debe analizarse la situación de las personas que bajo el régimen anterior cumplían con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, no siendo así frente a la nueva regulación legal en materia de pensiones.

Ahora bien, de los requisitos exigidos en uno y otro régimen se podría colegir, en principio, que la ley 100 de 1993 pretendió hacer más accesible a las personas el cumplimiento de las exigencias legales para obtener el pago de la pensión de invalidez. Por lo cual, no sería razonable a la luz de los principios constitucionales como la equidad y la seguridad jurídica negar la prestación económica de invalidez a una persona que cotizó un número de semanas muy superior al exigido en el nuevo régimen.

(...)

Sin embargo, puede leerse como una medida regresiva en el sentido de que bajo el régimen anterior las 150 semanas exigidas debían haberse cotizado en los últimos seis años, mientras que en la ley 100 de 1993 se exigía la cotización de las 26 semanas en el último año, con lo cual se reducía el tiempo dentro del cual debían realizarse dichos aportes. Sobre el punto la sentencia T-1064 del 7 de diciembre de 2006, dijo:

La brevedad del lapso de tiempo (1 año) establecido en la Ley 100 de 1993, como factor temporal dentro de la ecuación para la sostenibilidad financiera y acceso a determinada prestación en el Sistema General de Pensiones, se convierte en una medida regresiva frente a la amplitud de tiempo otorgado bajo el régimen pensional anterior que estableció el término de 6 años con una cotización de 150 semanas, requisitos que en su conjunto cumple el actor y que le hacen merecedor del reconocimiento de la pensión de invalidez. Por ende, ateniendo (sic) el mandato de progresividad del Sistema de Seguridad Social, el legislador ha debido prever con la entrada en vigencia de la Ley 100, un régimen de transición.”(Subrayas fuera del texto original).

6.2.3 Asimismo, en fallo T-662 de 2011 la Corte amparó los derechos de una persona a quien le fue negada la pensión de invalidez por parte del ISS, al considerar que no reunía los requisitos dispuestos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. El accionante contaba, sin

embargo, con 501 semanas cotizadas al sistema de pensiones y había sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 66.07%, con fecha de estructuración el 6 de febrero de 2008.

En esa ocasión la Sala encontró que la situación del peticionario se regía por el Decreto Reglamentario 232 de 1984, por cuanto sus cotizaciones las había realizado en el periodo comprendido entre 1972 y 1989, y porque bajo ese régimen había cumplido los requisitos exigidos en la norma para acceder a la pensión de invalidez.

Por lo anterior, la Corte concedió la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, ordenando al fondo de pensiones iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez, teniendo en cuenta para ello la fecha en que solicitó tal reconocimiento.

6.2.4 En sentencia T-576 de 2013 este Tribunal recordó el precedente sentado en las sentencias T-628 de 2007 y T-299 de 2010 en relación a la ausencia de un régimen de transición en materia de pensión de invalidez, y recalcó la necesidad de otorgar una protección especial a las personas en estado de invalidez que bajo el régimen anterior ya habían cumplido con los requisitos exigidos y que se vieron afectados con el cambio normativo, fundamentándose en los principios constitucionales de equidad, justicia, proporcionalidad y razonabilidad para inaplicar los requisitos más gravosos de la legislación vigente en favor de la aplicación la normatividad precedente.

En esa providencia la Corte estudió el caso de dos ciudadanos calificados con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, a quienes otorgó el derecho a la pensión de invalidez al encontrar que cumplían con los requisitos para conseguir dicha prestación bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En efecto, en uno de los casos el peticionario había cotizado antes del 1º de abril de 1994 un total de 263 semanas, cumpliendo con el requisito de tener 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez. En el otro, la accionante había cotizado un total de 686.54 antes del 1º de abril de 1994, cumpliendo de igual manera con los requerimientos dispuestos en materia de pensión de invalidez en el Decreto 758 de 1990.

6.2.5 Más recientemente, mediante providencia T-549 de 2014, la Corte Constitucional estudió el caso de varios accionantes en los que tuvo en cuenta el precedente anteriormente referido. La situación fáctica de los demandantes permitía la aplicación de dicho precedente toda vez que se les había negado la pensión de invalidez por no cumplir las exigencias dispuestas en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Se determinó que los actores llenaban los requisitos exigidos para ser acreedores del derecho a la pensión bajo la luz de regímenes pensionales anteriores a la norma invocada como vigente para cada caso, lo que conllevó a la protección de sus derechos y que se ordenara el reconocimiento y pago de la prestación económica.

6.2.6. De igual manera falló en sentencia T-974 de 2014, al considerar que “debido a que las expectativas legítimas de acceso a la pensión, incluida la de invalidez del [accionante], no están protegidas por la normatividad vigente mediante un régimen de transición, se hace necesario ampararlos mediante el principio de la condición más beneficiosa por vía de la acción de tutela”. En consecuencia, al encontrar probado que el actor cumplía con los requisitos para obtener la pensión de invalidez bajo el régimen anterior, la Sala revocó las decisiones de instancia y ordenó a la administradora de fondos de pensiones reconocer y pagar la prestación referida.

6.3 En conclusión, el precedente en materia de pensión de invalidez, aunado al principio de la condición más beneficiosa, marcan una línea que evidencia que la Corte ha admitido la posibilidad de reconocer y pagar la referida prestación cuando se cumple con los requisitos legales bajo el régimen anterior, y no con los exigidos por la normatividad vigente con ocasión de un tránsito normativo que fue más gravoso que benéfico para los peticionarios.

7. Pensión de invalidez de personas con VIH. Reiteración de jurisprudencia.

7.1. En Sentencia T-628 de 2007, por ejemplo, examinó si la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona en circunstancias de debilidad manifiesta, diagnosticada además con VIH, vulneró los derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa de un trabajador. En esa ocasión señaló lo siguiente:

“Adicionalmente toma especial importancia en este caso la gravedad de la situación en que se encuentra el actor por ser un sujeto especial de protección constitucional. En efecto, la gravedad del estado de salud, la incapacidad física para acceder a un trabajo y la carencia de recursos económicos que le permitan garantizar un mínimo vital para una subsistencia digna hacen indispensable la protección definitiva de sus derechos, que resulta en consonancia con los parámetros de justicia social y trato equitativo.”

La Sala concedió el amparo solicitado al encontrar que el actor demostró haber cotizado la mayoría del tiempo bajo la vigencia del Decreto 758 de 1990 y en atención al crítico estado de salud que padecía debido a su enfermedad, por lo que lo consideró sujeto de especial protección constitucional, aunado a su incapacidad física para conseguir un trabajo y la afectación de su mínimo vital con ocasión de su desempleo.

7.2. También en sentencia T-699A de 2007 se refirió a la especial condición de quienes solicitan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cuando han sido diagnosticados con VIH-SIDA. En esta ocasión, al analizar el caso de una persona que cotizó con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez y que padecía dicha enfermedad, afirmó:

“El ordenamiento jurídico ha reconocido la especial situación de debilidad en la que se encuentran las personas contagiadas con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), de modo que deben ser beneficiarias de un trato especial debido a la gravedad de la enfermedad, su carácter progresivo y al hecho de que no ha sido posible encontrar una cura. En este sentido, es deber de las autoridades públicas adoptar medidas especiales de protección que permitan salvaguardar los derechos de las personas, de tal suerte que su condición no se convierta en un motivo de discriminación.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el especial tratamiento que se debe tener con estas personas, en particular en cuanto ha proporcionado la protección en materia de salud, concediendo medicamentos y tratamientos respecto los cuales no se cuenta con la capacidad económica para asumir; en materia laboral, para que no se les discrimine en razón de la enfermedad y se les dé un trato especial en su lugar de trabajo, o, al referirse a la seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía de la acción de tutela dada la situación

de urgencia.

(...)

6.2 Así pues, el carácter progresivo del SIDA puede determinar que el estado de salud de la persona contagiada le impida continuar desempeñando sus actividades laborales, motivo por el cual se ve en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, para lo cual se debe analizar el cumplimiento de los requisitos legales a la luz del carácter sui generis de esta enfermedad.” (RTF)

En esa oportunidad concedió el amparo solicitado al considerar que se aplicó rigurosamente la normatividad a una persona que se encontraba en situación de debilidad manifiesta. La Corte sostuvo:

“En este orden de ideas, resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que hubiese cumplido los requisitos del régimen anterior en el cual venía cotizando (Ley 100 de 1993) para acceder a la pensión de invalidez y que, en todo caso, después de la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta cuando la misma fue calificada, aproximadamente 6 meses después [23], continuó ejerciendo la actividad laboral y cotizando al sistema, de modo que a la fecha de calificación de la invalidez ya contaba con más de las 50 semanas de aportes exigidas por la normatividad vigente a ese momento.”(RTF)

7.3. En otro caso, resuelto en sentencia T-550 de 2008, el peticionario fue calificado con una pérdida de capacidad del 73.55%, de origen común, con ocasión de que le fue diagnosticado VIH-SIDA. Su fondo de pensiones y cesantías le negó el reconocimiento a la pensión de invalidez al considerar que no cumplía con los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003.

La Corte, sin embargo, consideró que tal negativa, teniendo en cuenta “que el accionante se encuentra gravemente enfermo de VIH-SIDA”, implicó que el fondo no solo negara el reconocimiento de una prestación social sino que además trasgrediera directamente sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la salud y por supuesto a la seguridad

social.

De igual forma, teniendo en cuenta que se trataba de una persona con VIH y sin ninguna fuente de ingresos adicional debido a su estado de salud, la Sala estableció que el accionante podría encontrarse sin cubrimiento en salud, lo que suponía igualmente que su vulnerabilidad era aún mayor.

Por todo lo expuesto y en especial atención a su estado de salud, la Corte amparó los derechos invocados y ordenó al fondo de pensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

7.4. Igualmente, en sentencia T-710 de 2009 esta Corte estudió el caso de una persona que padecía de VIH-SIDA, a quien le negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez bajo el argumento de existir un conflicto de multifiliación.

En esa ocasión la Corte estableció que el peticionario no solo sobrepasaba el límite de los aportes requeridos para obtener la pensión, sino que se acreditaron las condiciones específicas a las que se hallaba sometido con ocasión de su enfermedad, “la degradación física e invalidez a la que lo va sometiendo, al igual que las consecuencias nefastas para su supervivencia, las cuales bien pudieron haberse tenido en cuenta por la administradora de pensiones, en el marco de su calidad de prestador de un servicio público, relacionado con un derecho social fundamental irrenunciable, como es la pensión de invalidez”.

También expresó que los jueces de tutela se encuentran investidos de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales. Por ello, en el caso concreto, recordó que los jueces que conocieron en primera y segunda instancia la tutela debieron considerar las especiales circunstancias del accionante y valorar el precedente constitucional existente sobre la materia sometida a su juicio. En relación con estas especiales circunstancias la Corte indicó:

“De acuerdo con la ley y el precedente jurisprudencial, esta Corte ha reconocido que, por regla general, el régimen jurídico aplicable, es el que se encuentre vigente al momento de estructurarse la invalidez. Esta regla sin embargo, no resulta siempre clara a la hora de ser aplicada en los casos concretos, motivo por el cual es pertinente referirse al principio hermenéutico de la favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, esencial

para resolver las dudas que la aplicación de la ley laboral y sus derivados, puedan generarse. En conclusión, el juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, no sólo la fecha de estructuración de la enfermedad, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales y el principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe regir el asunto, a más de que la persona haya continuado laborando y por tanto contribuyendo al sistema aún después de estructurada su invalidez.” (Subrayas fuera del texto original).

7.5. En sentencia T-138 de 2012 la Corte también concedió el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a una persona que padecía VIH-SIDA, a quien le faltaba una semana por cotizar para adquirir el derecho. La Corte expresó:

“La tercera consideración se refiere, tal como se desprende del acápite pertinente, a que la jurisprudencia constitucional ha encontrado razones suficientes para hacer una interpretación pro homine de los requisitos exigidos para la pensión de invalidez de las personas que padecen de VIH. En este aspecto es relevante tener en cuenta que en el caso concreto, la fase en la que se encuentra la enfermedad en la demandante, implica que el carácter terminal de la misma cobra importancia respecto de su dignidad y del goce de los derechos directamente ligados con la posibilidad, precisamente, de ser digna. Por ello, la situación de la actora, la coloca dentro de la categoría de sujeto de especial protección constitucional. Distinción que hace por demás relevante y obligatorio en cumplimiento de los principios constitucionales, la aplicación de los criterios que se acaban de exponer.”

De ese modo, concluyó que la interpretación de las normas que contienen los requisitos legales exigidos para acceder a la prestación debe hacerse de manera compatible con la especial protección que la Constitución prevé para las personas afectadas por el VIH.

7.6. En la sentencia T-146 de 2013 esta Corporación tuteló el derecho de un señor que fue incorporado a la Policía Nacional para prestar el servicio militar obligatorio y a raíz de un secuestro de las FARC del que fue víctima junto con otros compañeros adquirió “Stress Postraumático Severo y Episodio Psicótico Agudo”, razón por la cual, luego de varias juntas médico laborales, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía lo recalificó

con una pérdida de capacidad laboral del 64.85%.

Mediante escrito allegado en sede de revisión, informó que fue contagiado de VIH mientras se encontraba en cautiverio toda vez que por varias enfermedades estomacales que sufrió tuvo que ser inyectado con jeringas reutilizables.

La Corte decidió dar eficacia directa a la Constitución Política y conceder la protección de los derechos invocados, ante la necesidad de salvaguardarlos con celeridad y eficacia por tratarse de un sujeto de especial protección dada su discapacidad, derivada de la enfermedad de VIH que le fue diagnosticada; también bajo el argumento de que se encontraba en una situación precaria al no poder obtener un trabajo que le permitiera adquirir los recursos económicos para subsistir con ocasión de su especial estado de salud.

7.7. En otro caso, resuelto en sentencia T-068 de 2014, este Tribunal falló a favor del peticionario, a quien le habían negado el derecho a la pensión de invalidez por no cumplir con los requisitos exigidos en la ley, toda vez que no había cotizado 50 semanas entre la fecha de estructuración del invalidez y los tres años inmediatamente anteriores a la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

La Corte se refirió a las especiales circunstancias que rodeaban al actor al padecer VIH y la protección constitucional a la que por su condición tenía derecho en los siguientes términos:

“En segundo lugar, la enfermedad que padece el accionante no sólo le enfrenta a un deterioro progresivo y considerable de su salud, sino a padecer la discriminación laboral y social que aún hoy afrontan las personas diagnosticadas como seropositivos. (...)

(...) Bajo esta perspectiva, y ante la falta de elementos de juicio que permitieran llegar a una conclusión contraria en este caso específico, el cese de toda actividad laboral a partir de 9 de febrero de 2010 no encuentra otra explicación razonable distinta a la que plantea el propio accionante, cuando señala que desde entonces, por su condición de salud y por la dificultad de encontrar un empleo, no ha tenido la oportunidad de volver a trabajar.”

De este modo, atendiendo al precario estado de salud del accionante, su difícil situación

económica, y que su pareja se encontraba igualmente enferma de VIH, de quien tuvo que hacerse cargo, además de que cotizó durante varios años al sistema de seguridad social, esta Corte otorgó la protección solicitada en concordancia con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

8. Caso concreto

8.1. En el caso que se analiza el accionante padece VIH aproximadamente desde hace 29 años y fue calificado el 11 de abril de 2002 con una pérdida de capacidad laboral de 75.45%, con fecha de estructuración 22 de octubre de 1999. En el año 2002 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante el último fondo de pensiones al que cotizó, esto es BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (fusionado por absorción en el año 2013 con Porvenir S.A., hoy accionada).

La entidad negó al peticionario el reconocimiento de la pensión y le devolvió los saldos asociados a su cuenta de ahorro individual, debido a que no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993[67]; argumentó que tampoco le era aplicable la normatividad anterior -Decreto 758 de 1990- por no ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En desacuerdo con el proceder de la administradora de fondos de pensiones y cesantías, el interesado acudió a la jurisdicción ordinaria con el propósito de que le fuera reconocida dicha prestación económica, teniendo en cuenta que había cotizado más de 300 semanas antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por lo que solicitó la aplicación del régimen pensional contenido en el Decreto 758 de 1990, al serle más favorable y haber cumplido los requisitos bajo la vigencia de dicho régimen.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia de 9 de noviembre de 2007[68], determinó que la entidad demandada fue acertada al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor, toda vez que no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y tampoco cumplía con los requisitos exigidos por esa normativa. Por consiguiente, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de la administradora de fondos de pensiones y cesantías.

El accionante argumenta que envió el memorial contentivo del recurso de apelación en

contra de la sentencia de primera instancia (vía fax) dentro del término legal, pero que el recibo del mismo se acusó al día siguiente por la autoridad judicial y por ende fue declarado extemporáneo.

Con fundamento en los antecedentes expuestos, entrará esta Sala a pronunciarse sobre la procedencia de la tutela de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. Posteriormente, entrará a analizar de fondo el asunto de examen.

8.2. De los antecedentes expuestos esta Sala encuentra que en el caso en concreto la acción de tutela es la herramienta idónea para perseguir la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la intimidad, a la seguridad social y al mínimo vital.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el accionante es un sujeto de especial protección dada su discapacidad, toda vez que padece del Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH-SIDA) y como consecuencia de este diagnóstico ha sufrido, entre otras afecciones a su salud, de toxoplasmosis y neuropatía medicamentosa, las cuales le han impedido seguir laborando en el oficio de peluquero que desempeñaba, ya que con ocasión de estas enfermedades presenta semi-parálisis de los miembros superiores e inferiores afectándose con ello su movilidad y fuerza. Y es que, en efecto, como se evidencia en los documentos médicos allegados al expediente, sus capacidades funcionales han disminuido notablemente debido a los dolores que sufre en el cuello, brazo y hombro izquierdo[69] (entre otras dolencias).

Del mismo modo, se encuentra acreditado que el accionante se halla en una situación realmente difícil, toda vez que no puede desempeñarse en el campo laboral, lo que lo ha llevado a vivir de la caridad de terceros, según manifiesta. Esto significa que el demandante requiere una solución inmediata que no le ofrecen otros mecanismos judiciales. [70]

En este sentido, en atención a la enfermedad catastrófica y ruinosa que padece el actor, a su pérdida de capacidad laboral, que supera el 70%, a la situación de desempleo que compromete su derecho al mínimo vital y a una vida digna, la acción de tutela es la vía judicial idónea para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, lo que convierte en desproporcionado el hecho de negarle el acceso a la justicia mediante la acción de tutela, precisamente dadas sus particulares y difíciles circunstancias.

Aunque el actor acudió en otra oportunidad ante la jurisdicción ordinaria, en la que se le

negó su derecho a la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos legales, las condiciones actuales de salud y económicas en que se encuentra el peticionario hacen necesaria la intervención directa del juez constitucional para otorgar una solución pronta y eficaz ante las nuevas circunstancias que lo rodean.

En cuanto al requisito de inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, la Sala recuerda que consiste en la salvaguarda inmediata y amparo de los derechos fundamentales en aras de evitar su trasgresión o que se presente un perjuicio irremediable. De esta manera, cuando la demora en la interposición de la demanda recae en cabeza del interesado por indiferencia o negligencia de su parte para asumir la defensa de sus propios derechos, por lo general, la Corte considera que en esos casos la acción no procede debido a que su protección puede solicitarse a través de la vía ordinaria.

No obstante, según la jurisprudencia de esta Corporación, existen algunas excepciones que justifican la procedibilidad de la acción a pesar del lapso transcurrido entre la presunta trasgresión de los derechos fundamentales y la solicitud de la protección invocada, como se enunció en la parte considerativa de esta sentencia.[71]

Una de las excepciones se presenta cuando se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que a pesar de que el hecho que la originó es antiguo en relación con la interposición de la tutela, la situación desfavorable en la que se halla el autor continúa y es actual.

La Sala observa que se configura esta excepción al requisito de la inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela que se analiza, toda vez que si bien es cierto que la demanda se formuló alrededor de 7 años después de desplegarse la última actuación por parte del peticionario, no lo es menos que continúa el contexto desfavorable que describe el actor y con el paso del tiempo se agrava, y que las condiciones actuales del demandante ponen de presente que su situación económica y de salud son precarias y hacen necesaria la urgente intervención del juez constitucional.

Además de lo anterior, la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el accionante, debido a la patología que padece y que el derecho cuya protección solicita, no prescribe, de modo que se puede solicitar su salvaguarda en cualquier tiempo.

Con todo, la Corte considera necesario advertir que la presente solicitud de amparo no busca dejar sin efectos en sede de tutela una sentencia proferida años atrás, sino verificar si efectivamente, por las condiciones en las que se encuentra actualmente el peticionario, se vulneran sus derechos fundamentales por el fondo de pensiones ante su negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de conformidad con los pronunciamientos recientes de esta Corte en la materia, lo que descarta la trasgresión del principio de cosa juzgada.

Lo anterior, porque las circunstancias bajo las cuales el actor instauró demanda ordinaria como se manifestó anteriormente, no son las mismas que lo llevan ahora a solicitar la salvaguarda de sus derechos mediante acción de tutela, toda vez que con ocasión del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad con la que fue diagnosticado (VIH), ha comenzado a padecer de otras afecciones en su salud que no le permiten ofrecer sus servicios en el mercado laboral.

El principio de cosa juzgada permite guardar la coherencia y seguridad jurídica del aparato judicial para cumplir con los postulados institucionales consagrados en la Constitución Política, y aunque en este caso no se busca revisar las decisiones adoptadas por los jueces en la jurisdicción ordinaria, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha permitido casos excepcionalísimos en los cuales ha considerado la necesidad de desestimar la condición como cosa juzgada para de esta forma proteger derechos fundamentales vulnerados.[72]

Así, la pretensión del actor no socaba la cosa juzgada, toda vez que en la jurisdicción ordinaria se efectuó un análisis para determinar si cumplía o no con los requisitos exigidos en la norma para acceder a la pensión de invalidez, mientras que en esta ocasión, se busca determinar si efectivamente se vulnera o no un derecho fundamental del actor, teniendo en cuenta los pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional y su especial situación.

Por consiguiente, de conformidad con lo que ha sostenido la Corte en casos especiales como el que ocupa a esta Sala, en los que la asignación pensional por concepto de invalidez representa el único ingreso que podría garantizar la vida digna de la persona que ha sufrido una pérdida importante de su capacidad laboral, el derecho a la pensión de invalidez

adquiere la dimensión de derecho fundamental y en tal medida el escenario de la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo para reclamar su materialización.

8.3. Para resolver de fondo el asunto en cuestión es menester tener en cuenta que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. negó al señor Carlos Arturo el reconocimiento de la pensión de invalidez por no cumplir “con los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993” para acceder a dicha prestación, informándole sobre la procedencia y requisitos para efectuar la devolución de saldos que estipula el artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

Vale recordar que en relación con los cambios normativos introducidos a la seguridad social por la Ley 100 de 1993, no se planteó un régimen de transición en materia de pensión de invalidez, el cual es innecesario cuando las nuevas disposiciones jurídicas son favorables respecto de los asociados, pero sí en casos como el que se estudia, en los cuales los requisitos exigidos por la nueva normatividad son más complejos, como se pasa a explicar.

En el presente asunto el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. negó la pensión de invalidez con fundamento en que el actor no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, norma vigente para el momento de estructuración de la invalidez -22 de octubre de 1999-. Sostuvo que tampoco le era aplicable la normatividad anterior -Decreto 758 de 1990-, por no ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Esta Sala considera que el Fondo debió tener en cuenta las especiales circunstancias que rodean el presente caso atendiendo al cambio de condiciones legales que generó la expedición de la Ley 100 de 1993. En concreto, tenía la obligación de verificar si el tránsito legislativo que se presentó al pasar del Decreto 758 de 1990 a la Ley 100 de 1993 resultó más gravoso en cuanto a los requisitos para lograr la pensión de invalidez, máxime cuando la Ley 100 de 1993 no estableció un régimen de transición para dicha prestación y el actor cotizó la mayoría de sus semanas bajo el régimen anterior.

La Ley 100 no estableció periodos que permitieran acoplarse a las exigencias del nuevo estatuto normativo y salvaguardar las expectativas legítimas de aquellos que se encontraban próximos a cumplir los requisitos exigidos en la norma anterior o, incluso, que con posterioridad a su entrada en vigencia ya los habían cumplido. Situación en la que

procedía aplicar el régimen pensional anterior que resultaba más beneficioso.

8.4. El anterior régimen pensional, previsto en el Decreto 758 de 1990, “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”, señalaba en sus artículos 5° y 6°, como requisitos para ser acreedor a la pensión de invalidez por riesgo común, los siguientes:

“ARTÍCULO 5o. CLASES DE INVALIDEZ.

1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte:

a) INVÁLIDO PERMANENTE TOTAL. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base;

(...)

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

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

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

La norma con base en la cual el fondo de pensiones soportó sus argumentos para negar el reconocimiento pensional solicitado por el accionante, exige el cumplimiento de un mínimo de cotizaciones que aseguren un aporte económicamente significativo al sistema. Estos requisitos son los señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual reza:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ[73]. 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.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

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

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

Establecida la comparación entre los dos regímenes pensionales se encuentra que el legislador, al determinar los requisitos para conseguir la pensión por invalidez, tuvo en cuenta un factor cuantitativo, consistente en el número de semanas cotizadas, y otro temporal, referido al lapso de tiempo inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, factor este último que afectó las expectativas del señor Carlos Arturo.

Para el asunto sometido a examen es factible determinar que el régimen establecido en el Decreto 758 de 1990 es el que lo favorece, ya que a pesar de que la Ley 100 de 1993 redujo el número de semanas cotizadas de 150 a 50 para alcanzar la pensión de invalidez, también disminuyó de 6 a 3 años el periodo en que dichas semanas debían ser acreditadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

En concreto, la Sala observa que el señor Carlos Arturo realizó sus primeras cotizaciones en pensiones en el año 1981, en vigencia del Decreto 758 de 1990, afiliación que hizo a través del I.S.S., lo que evidencia que se encontraba aportando al sistema desde mucho antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, que modificó de forma sustancial las condiciones para adquirir la pensión de invalidez, haciendo en su caso más gravosa su posibilidad de adquirir el derecho con ocasión del factor temporal.

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, el actor cotizó un total de 448.86 semanas, de las cuales 381.57 fueron hechas al I.S.S antes del 1º de abril de 1994

(entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993). Esto cobra relevancia porque con anterioridad a la Ley 100 de 1993 regía en materia de pensiones el Decreto 758 de 1990, el cual exigía para tener derecho a la pensión de invalidez haber cotizado 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo con anterioridad a dicho estado.

De este modo, al haber cotizado el accionante 381.57 semanas al sistema pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, bajo el anterior régimen legal -Decreto 758 de 1990- ya cumplía con el requisito de fidelidad para lograr la pensión de invalidez, esto es, haber cotizado durante dicho régimen más de 300 semanas en cualquier época con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

Es contradictorio entonces que al actor se le niegue la pensión de invalidez debido a que en el cambio legal de un régimen a otro no cotizó 26 semanas en el año anterior, toda vez que su último aporte al sistema lo realizó “en el mes de abril de 1997, es decir 2 años y 6 meses antes de la fecha de estructuración de invalidez”, según lo expuso Porvenir[74], cuando en su vida laboral sumó casi 450 semanas.

Además, se evidencia que bajo el régimen anterior el accionante ya padecía VIH, tan solo que hasta el año 2002 le fue calificada la pérdida de capacidad laboral e impuesta la fecha de estructuración, lo que condujo a analizar su situación bajo la normatividad vigente, pero cuyos requisitos no podría alcanzar por la limitación temporal impuesta.

De esta manera, considera la Sala que de no haber variado la normatividad, el señor Carlos Arturo hubiera accedido, sin reparo alguno, a la pensión de invalidez que ahora reclama, toda vez que reunía los requisitos y condiciones establecidas bajo el régimen anterior, Decreto 758 de 1990.

Una interpretación diferente terminaría por desconocer el propósito de los aportes que se realizan al sistema de seguridad social, cual es la posibilidad de alcanzar un sustento económico y devengar un ingreso periódico para satisfacer las necesidades básicas y el pago de medicamentos u otros emolumentos relacionados con la enfermedad, en sintonía con los principios constitucionales de equidad, justicia, seguridad jurídica y confianza legítima del afiliado.

Ciertamente la posición adoptada por la administradora de fondos de pensiones no fue garantista de los derechos del actor y en este caso generó una inequidad, al no evidenciarse que el peticionario había cotizado más de 381 semanas bajo el régimen anterior y cerca de 450 durante su vida laboral, y en su lugar exigirle 26 cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de invalidez.

Es así como la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez en el caso en concreto vulnera los principios constitucionales de equidad, justicia, seguridad jurídica y confianza legítima del afiliado, al desconocer que el trabajador ya había logrado consolidar su derecho al reconocimiento de la prestación económica bajo la anterior legislación, época desde la cual padecía la enfermedad que lo aqueja y que progresivamente ha disminuido su capacidad laboral y que le ha impedido en la actualidad ofrecer sus servicios en el mercado laboral para completar los requisitos exigidos por la nueva normatividad, como para imponérsele la carga de continuar cotizando.

De suerte que aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin mayores consideraciones, en contravía de los precedentes de esta Corporación[75], desconociendo las especiales circunstancias de la persona que se encuentra en situación de discapacidad se traduce en una vulneración de los derechos a la vida digna, a la intimidad, a la seguridad social y al mínimo vital del peticionario, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos legales allí exigidos, lo que hace indispensable la intervención del juez de tutela para efectos de que en el presente caso reconozca la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 6° del Decreto 758 de 1990.

No obstante, dadas las específicas condiciones de este caso y el vacío legal en materia de pensión de invalidez que dejó la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como la tardanza en la reclamación de la prestación social, la Sala considera que el reconocimiento y pago de la pensión operará únicamente a partir de la fecha de presentación de la tutela.

De este modo, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, mediante providencia del 22 de octubre de 2014, que declaró la improcedencia de la acción de tutela; y la emitida por el Tribunal Administrativo

de Santander, que adoptó la misma decisión dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Carlos Arturo en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En su lugar, la Corte Constitucional concederá la tutela de los derechos a la vida digna, a la intimidad, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

Para protegerlos esta Sala de Revisión ordenará a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si no lo hubiere hecho aún, inicie los trámites que sean necesarios para que en el término máximo de un (1) mes reconozca y pague al señor Carlos Arturo la pensión de invalidez a partir de la fecha de presentación de la tutela.

De igual manera, atendiendo a que al señor Carlos Arturo se le devolvieron los saldos asociados a su cuenta de ahorro individual, dicho monto deberá descontarse mes a mes, durante el tiempo que sea necesario, sin que de ninguna manera el pago de su mesada pensional afecte su mínimo vital.

Finalmente, esta Sala de Revisión considera importante advertir a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que a futuro tenga en cuenta las especiales condiciones en que se encuentren los peticionarios de la pensión de invalidez, cuando se trate de personas en situación de debilidad manifiesta con ocasión de padecer enfermedades crónicas o degenerativas como el VIH-SIDA. Para tal fin, se debe verificar en todos los casos, si la Ley 100 de 1993 resulta más gravosa en cuanto a los requisitos para lograr la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que no estableció un régimen de transición para dicha prestación, dando paso a la disposición más favorable.

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga y el proferido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, en la acción de tutela de la referencia. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la vida digna, a la intimidad, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

SEGUNDO. ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Porvenir S.A. que, en dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si no lo hubiere hecho aún, inicie los trámites que sean necesarios para que en el término máximo de un (1) mes reconozca y pague al señor Carlos Arturo la pensión de invalidez. De la mesada pensional deberá descontarse mes a mes, durante el tiempo que sea necesario, los valores cancelados al señor Carlos Arturo por concepto de devolución de saldos asociados a su cuenta de ahorro individual, sin que de ninguna manera el pago de su mesada pensional afecte su mínimo vital.

TERCERO. ADVERTIR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que a futuro tenga en cuenta las especiales condiciones en que se encuentren los peticionarios de la pensión de invalidez, cuando se trate de personas en situación de debilidad manifiesta con ocasión de padecer enfermedades crónicas o degenerativas como el VIH-SIDA. Para tal fin, se debe verificar en todos los casos, si la Ley 100 de 1993 resulta más gravosa en cuanto a los requisitos para lograr la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que no estableció un régimen de transición para dicha prestación, dando paso a la disposición más favorable.

QUINTO. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-681/15

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Improcedencia por incumplir requisito de inmediatez y por existir cosa juzgada mediante la cual se definió previamente lo relativo al derecho pensional de accionante (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Debate se contrae a censuras planteadas por el accionante sin develar verdadera naturaleza del amparo que se persigue (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Aunque Sala advierte que no dejará sin efectos decisión de jueces ordinarios, en la práctica lo hace (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Situaciones excepcionales que ha considerado esta Corporación y que permiten relativizar la cosa juzgada que emerge de un pronunciamiento del juez de tutela no cobijan el caso concreto (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Decisión implica desconocimiento de competencias de jurisdicción ordinaria (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Advertencia a AFP sobre deberes futuros para con los solicitantes de pensión de invalidez diagnosticados con VIH atenta contra seguridad jurídica (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Argumento sobre variación en condiciones de salud del actor no se acreditó suficientemente (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Improcedencia en la medida en que se controvierte una decisión judicial sin satisfacer requisitos generales para su examen (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T- 5.004.206

Acción de tutela instaurada por Carlos Arturo contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el Instituto de Seguros Sociales y Axa Colpatria Seguros S.A.

Magistrado ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones por las que me aparto de la decisión aprobada por la Sala Quinta de Revisión, el 3 de noviembre de 2015.

1. La Sentencia T-681 de 2015 fue proferida con ocasión de la solicitud de amparo de los derechos a la vida digna, a la intimidad, a la seguridad social y al mínimo vital del actor, aparentemente comprometidos con la negativa de Porvenir S.A. a reconocer en su favor la pensión de invalidez.

El accionante tiene 50 años, padece VIH y otras patologías relacionadas. Fue calificado en el año 2002 con una pérdida de capacidad laboral del 75,45% y, desde entonces, ha buscado el acceso a la pensión de invalidez. Primero lo hizo ante el Fondo de Pensiones, que negó la prestación y le devolvió los saldos de su cuenta de ahorro individual.

En 2006, acudió al juez laboral ordinario con el propósito de que le fuera reconocido el derecho a la pensión de invalidez por haber cotizado más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Mediante sentencia del 9 de noviembre de 2007, se negaron sus pretensiones por inexistencia de la obligación a cargo de la

Administradora de Pensiones. El actor formuló la impugnación correspondiente, pero el recurso fue considerado extemporáneo.

2. El 8 de octubre de 2014, interpuso acción de tutela para que, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el juez constitucional le reconozca esa misma prestación.

El juez de tutela de primera instancia declaró improcedente la acción por encontrar que hay cosa juzgada sobre el derecho a la pensión de invalidez del actor, configurada a través de una determinación proferida en el seno de la jurisdicción laboral ordinaria. El de segunda instancia, sostuvo que pese a que no se configuraba cosa juzgada (en razón a que no puede haber identidad entre el juicio laboral y el de tutela, que se ciñe a la protección de los derechos fundamentales), el amparo es improcedente de conformidad con el principio de inmediatez, en tanto el actor acudió al juez constitucional cerca de 7 años después de estar en firme el fallo de la jurisdicción laboral.

3. La Sala asumió que, además de la verificación de rigor sobre la procedencia de la acción, el problema jurídico a resolver era si “[¿]una administradora de fondos de pensiones vulnera los derechos fundamentales de una persona que padece VIH y ha sido calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, al negarle la pensión de invalidez y devolverle los saldos asociados a su cuenta de ahorro individual, por no cumplir con los requisitos exigidos en la normatividad vigente al momento de la estructuración de la incapacidad, sin tener en cuenta que bajo el régimen anterior, en el que realizó la mayor parte de sus aportes, sí cumplía con los requerimientos de la norma”?. La sentencia advierte que no se concentra en el examen de la decisión judicial ordinaria, ni busca restarle efectos.

4. Al examinar la procedencia de la acción, la Sala resaltó que el examen de inmediatez y subsidiariedad debe ser más flexible, en vista de la calidad de sujeto de especial protección del actor.

De dicho examen concluyó, por un lado, que se configura una excepción al principio de inmediatez, pues la vulneración es permanente y la situación desfavorable del actor es actual. Por ende, “si bien es cierto que la demanda se formuló alrededor de 7 años después de desplegarse la última actuación por parte del peticionario, no lo es menos que continúa

el contexto desfavorable que describe el actor y con el paso del tiempo se agrava, y que las condiciones actuales del demandante ponen de presente que su situación económica y de salud son precarias y hacen necesaria la urgente intervención del juez constitucional”.

Por otro lado, sobre la existencia de una decisión judicial anterior consideró que las circunstancias en las que el juez laboral la profirió variaron, a causa del carácter degenerativo de la enfermedad. Entendió que la solicitud del actor no socava la cosa juzgada en la medida en que la materia definida por el juez constitucional no es la misma que conoció el juez ordinario, pues ahora el asunto se contrae a las garantías constitucionales del accionante. Con fundamento en la sentencia T-137 de 2014, aseguró que el caso puede ser conocido por el juez de tutela, a pesar de existir un fallo ordinario previo, por estimar que se trata de una situación antijurídica en la que urge la intervención del juez constitucional.

5. Frente al fondo de la acción, concluyó que era exigible a la AFP tener en cuenta las condiciones especiales que rodean el caso y verificar si el tránsito normativo del Decreto 758 de 1990 a la Ley 100 de 1993, era gravoso para el actor. En el caso concreto la Sala encontró que lo era, pues el señor Carlos Arturo podía acceder a la pensión de invalidez por virtud del principio de la condición más beneficiosa, al haber cotizado más de 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por esa razón, la sentencia T-681 de 2015 revocó los fallos de instancia y, en su lugar, concedió el amparo. Ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. reconocer y pagar la pensión de invalidez pretendida (desde el momento de la interposición de la acción, conforme la parte motiva de la sentencia) y descontar mensualmente el valor de los saldos ya devueltos. Así mismo le advirtió que, en adelante, debe tener en cuenta la situación de las personas diagnosticadas con enfermedades crónicas o degenerativas y verificar que el tránsito legislativo a la Ley 100 de 1993 no sea más gravoso para ellas, cuando resuelva sobre sus solicitudes de pensión de invalidez.

Fundamentos del desacuerdo

Paso a explicar, uno a uno, los motivos con base en los cuales estructuro mi posición al respecto.

Primero: El debate se contrae a las censuras planteadas por el accionante sin develar la verdadera naturaleza del amparo que persigue.

7. De las manifestaciones del accionante queda claro que cuestiona la conducta de Porvenir S.A., consistente en negarle la pensión de invalidez a la que afirma tener derecho.

La Sala pasó por alto que dicha negativa está fundada en la decisión del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, que mediante sentencia del 9 de noviembre de 2007 puso fin al controversia sobre si el accionante tiene, o no, derecho a acceder a la prestación en cuestión. La decisión fue desfavorable al accionante y determinó que BBVA Horizonte -ahora Porvenir S.A.- no tiene obligación de reconocer y pagar la pensión de invalidez solicitada. El accionante no impugnó oportunamente la decisión, que quedó en firme e hizo tránsito a cosa juzgada.

Bajo esta perspectiva, la conducta de Porvenir S.A. no tiene origen en la esfera de su voluntad, pues lejos de proceder de ella misma, se funda en una decisión judicial ejecutoriada que no está autorizada a evaluar y no puede desconocer, bajo ningún supuesto. La negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez es del juzgador laboral y no de la AFP.

8. Como quiera que la decisión del 9 de noviembre de 2007 es la raíz de la negativa de Porvenir S.A., en el fondo este era un caso de tutela contra sentencia judicial.

Segundo: Aunque la Sala advierte que no dejará sin efectos la decisión de los jueces ordinarios, en la práctica lo hace.

9. Considerado así el asunto de la referencia, la advertencia que hace la Sala en el sentido de que la decisión judicial del juez laboral no se afectará, es completamente vana. Si la causa de la vulneración es la negativa a reconocer la pensión de invalidez y esta deviene de la decisión judicial, aunque no se declare que se deja sin efectos ésta última -como en efecto no se hizo-, al optar en sede de revisión por el reconocimiento y pago del derecho pensional, la decisión de noviembre de 2007 ha dejado de tener efectos prácticos.

Implica lo anterior que aun cuando una decisión judicial, que hizo tránsito a cosa juzgada, exoneró a la accionada de reconocer y pagar la pensión de invalidez, ahora debe hacerlo.

Tercero: Las situaciones excepcionales que ha considerado esta Corporación y que permiten relativizar la cosa juzgada que emerge de un pronunciamiento del juez de tutela no cobijan el caso concreto.

10. La referencia que hace la sentencia T-681 de 2015 de la T-137 de 2014, no es pertinente. La decisión de 2014 aborda la cosa juzgada en decisiones de tutela, cuando éstas son controvertidas en un proceso posterior de igual naturaleza; y a su vez las sentencias que le sirven de referencia[76], aluden a la cosa juzgada constitucional y no a la ordinaria. Finalmente, las excepciones que contempla la sentencia T-137 de 2014 a la cosa juzgada, tampoco surgen del análisis de casos en que se controviertan decisiones de la jurisdicción ordinaria[77].

Aunque en un principio pueda considerarse de menor importancia que el fundamento jurisprudencial referido no aluda estrictamente a la cosa juzgada ordinaria, lo cierto es que resulta central. La posibilidad de ventilar ante el juez de tutela, en forma genérica, cualquier asunto (ordinario o de tutela) ya analizado y decidido por otro funcionario judicial, no deviene de la jurisprudencia que se cita, como pretende mostrarse.

Cuarto: La decisión implica el desconocimiento de las competencias de la jurisdicción ordinaria.

11. Las conclusiones a las que llegó la Sala respecto de la cosa juzgada en la sentencia T-681 de 2015, tienen implicaciones amplias.

En la medida en que desconoció la importancia de esta institución jurídica en un caso en que el juez que definió el asunto integra otra jurisdicción distinta a la constitucional, la sentencia de la que me aparto dejó en entredicho la facultad efectiva del juez ordinario para decidir un asunto con carácter definitivo[78]. Con ello comprometió la seguridad jurídica no solo de las partes, sino de los demás asociados.

Quinto: La advertencia a la AFP sobre sus deberes futuros para con los solicitantes de pensión de invalidez diagnosticados con VIH atenta contra la seguridad jurídica.

12. A partir de los razonamientos expuestos en la sentencia y de las conclusiones a las que llegó la Sala en el estudio del caso concreto, se ordenó a la AFP Porvenir S.A. que, en

adelante, “tenga en cuenta las especiales condiciones en que se encuentren los petitionarios de la pensión de invalidez, cuando se trate de personas en situación de debilidad manifiesta con ocasión de padecer enfermedades crónicas o degenerativas como el VIH-SIDA. Para tal fin, se debe verificar en todos los casos, si la Ley 100 de 1993 resulta más gravosa en cuanto a los requisitos para lograr la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que no estableció un régimen de transición para dicha prestación, dando paso a la disposición más favorable”.

Preocupa esta decisión, pues desde la óptica desde la cual veo este asunto, la Sala convoca a Porvenir S.A. a recoger los casos en que es posible la aplicación de la condición más beneficiosa y que, como este, ya estaban definidos por la jurisdicción ordinaria, para hacer una nueva evaluación de los mismos a la luz del estado actual de los afiliados-solicitantes. Con esto ha menguado la seguridad jurídica en la jurisdicción laboral.

Sexto: El argumento sobre la variación en las condiciones del actor no se acreditó suficientemente.

13. Según la posición mayoritaria de la Sala, la trasgresión al principio de la cosa juzgada queda descartada por el hecho de que el análisis que suscita el caso concreto, lejos de buscar dejar sin efectos una sentencia proferida tiempo atrás, debe concentrarse en determinar si dadas las condiciones actuales del petitionario, la AFP vulneró sus derechos al negarse a reconocer y pagar en su favor la pensión de invalidez que reclama.

La transformación de los supuestos de hecho se sustenta en las condiciones en las que actualmente se encuentra el solicitante, en razón de su enfermedad dado su carácter degenerativo. Sin embargo, no hay, por ejemplo, una nueva calificación de la cual pueda derivarse el supuesto de que la situación que conoció el juez laboral del 2007 no es la misma que conocería hoy, en lo que atañe a la pensión de invalidez.

Séptimo: Entendido el caso así la acción era improcedente en la medida en que se controvierte una decisión judicial sin satisfacer los requisitos generales para su examen.

14. Todo lo anterior deriva en que, indudablemente, la acción se orientaba a cuestionar la determinación del juez laboral. Con la sentencia se avaló el propósito, y se modificó una decisión ordinaria sin hacer el examen de procedencia a partir de los parámetros que esta

Corporación ha consolidado sobre los requisitos generales de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Si bien la calidad de sujeto de especial protección de Carlos Arturo, implica la flexibilización del análisis, éste no puede dejar de hacerse y el juez de tutela no puede dejar sin efectos una sentencia ordinaria sin el análisis de rigor. Lo contrario deviene, en últimas, en el desconocimiento de las garantías de las demás personas cobijadas por el ordenamiento constitucional y ordinario en Colombia y en un escenario de inseguridad jurídica.

15. Como pude explicarlo brevemente hay razones sustanciales por las que me aparto de la decisión que en esta oportunidad ha tomado la Sala, no sin antes dejar expresa constancia de mi preocupación por la aplicación futura de este precedente en casos análogos.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[2] Cuaderno 1 folio 6.

[3] Cuaderno 1 folios 7, 12 y 14. Enfermedad que sufre desde hace aproximadamente 29 años según se evidencia en sus órdenes médicas.

[4] Cuaderno 1 folios 12 y 14.

[5] Cuaderno 1 folio 15.

[6] Cuaderno 1 folio 7.

[7] En su momento el accionante se encontraba afiliado a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., que fue fusionada por absorción con Porvenir S.A., demandada en este proceso.

[8] “Artículo 6º. Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

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

[9] De igual manera, aclara que en 1996 se afilió al fondo de pensiones Colpatria, en el que cotizó hasta 1997.

[10] Anteriormente BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

[11] El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga emitió sentencia el 15 de diciembre de 2014 y mantuvo lo resuelto mediante sentencia de 22 de octubre de ese mismo año.

[12] Folio 110 del primer cuaderno de tutela.

[13] Reverso del folio 151 del primer cuaderno de tutela.

[14] Ver sentencia T-137 de 2014.

[15] Sentencia T-830 de 2005. Ver también T-655 de 1998, T-169 de 2011 y T-185 de 2013.

[16] Crf. T-149 de 1995, T-308 de 1995, T-067 de 2005 T-184 de 2005 y T-407 de 2005.

[17] Para efectos de garantizar el derecho a la intimidad del actor se han suprimido los últimos 3 dígitos de cada uno de los expedientes en los que Carlos Arturo aparece como accionante. Sobre los 3 expedientes restantes, es preciso aclarar que dos son acciones de tutela contra entidades promotoras de salud y uno corresponde al expediente objeto de estudio.

[18] Consiste en una noticia de prensa titulada “Trabajadores con Sida tienen derecho a pensión por invalidez”, según la cual la Corte Constitucional advirtió a las entidades encargadas de administrar pensiones y cesantías, tener en cuenta, durante la valoración de la incapacidad laboral de un trabajador portador del VIH-SIDA, que la misma consiste en una enfermedad que deteriora diariamente al trabajador y que por ello se encuentran en la

obligación de otorgar la pensión de invalidez. Con base en la noticia referida el actor estructuró su interpretación frente a la pensión de invalidez de personas diagnosticadas con VIH, fechada el 5 de octubre de 2014 (Cd.1 folio10), anexa también registros médicos de la historia clínica del actor efectuados en 2014, con los que sustenta su estado actual de salud y su actual imposibilidad de desempeño laboral (Cd.1 fls.11 a 23).

[19] Ver sentencias T- 225 de 1993, T-789 de 2003, T-701 de 2008, T-206 de 2013 y T-604 de 2014, entre otras.

[20] Ver Sentencia T-1316 de 2001, entre otras.

[21]“El perjuicio ha de ser inminente: que amenaza o está por suceder prontamente. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado”. Sentencia T-956 de 2013.

[22] Sentencia T-550 de 2008. La Corte concedió la protección de los derechos a la vida e igualdad solicitada por el accionante que padecía VIH, a quien su fondo de pensiones y cesantías le negó la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003. En esta ocasión la Corte consideró que la administradora “atentó de manera directa y contundente en contra de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la salud y por supuesto a la seguridad social, máxime cuando de haber sido reconocida dicha pensión, la misma se hubiera constituido ipso facto, en la única fuente de recursos económicos para el actor, pues recordemos que éste ha sido enfático en afirmar que no cuenta con fuentes de recursos económicos para sobrevivir.”

[23] Cfr. Sentencias T-484 de 1992, T-505 de 1992, T-185 de 2000, T-1181 de 2003, T-010 de 2004 y T-260 de 2004, entre muchas otras.

[24] Cfr. Sentencia T-505 de 1992.

[25] Cfr. Sentencia SU-256 de 1996.

[26] Sentencia T-843 de 2004. Ver también sentencia T-1283 de 2001 entre otras.

[27] En esta oportunidad, la Corte estudió un caso en el que el ISS negó al actor la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no cumplía con el requisito del 20% de fidelidad al sistema. El juez de tutela no concedió el amparo al considerar que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para demandar el reconocimiento y pago de una prestación económica. Además, indicó que la tutela carecía del requisito de procedibilidad referente a la inmediatez. Sin embargo, la Corte concedió el derecho al considerar que el actor era una persona de la tercera edad, se encontraba sin empleo y su supervivencia dependía de la caridad de vecinos y familiares. Ver también sentencias T-584 de 2011 y T-463 de 2012, entre otras.

[28] Sentencia T-662 de 2013.

[29] Sentencia T-509 de 2010.

[30] Sentencia T-491 de 2015. Ver también sentencias T-550 de 2008, T-163 de 2011, T-962 de 2011 y T-142 de 2013, entre otras.

[31] En este sentido, ver sentencias T-401 de 2004, T-971 de 2005, T-630 de 2006, T-836 de 2006, T-692 de 2006, T-129 de 2007, T-236 de 2007 y T-593 de 2007, entre otras.

[32] Sentencia T-627 de 2013. En esta sentencia, la Corte estudió tres casos pero cabe resaltar uno de ellos, en el cual el actor instauró la tutela contra una AFP por considerar que la decisión mediante la cual le negaron la pensión de invalidez trasgredió sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana en conexidad con el derecho a la vida, con base en los siguientes hechos: al accionante se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 71,15%, de origen común, razón por la cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El ISS rechazó su solicitud bajo el argumento de que no cumplía con los requerimientos en la norma para adquirir el derecho, toda vez que solo contaba con “7 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez”. El accionante adujo que si bien no cotizó 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sí cotizó esa cantidad en los tres años previos al 28

de abril de 2008, fecha en que se calificó la pérdida de capacidad laboral del 71,15%. Debido a su enfermedad había perdido la visión y padecía de insuficiencia renal; por ello debía someterse a diálisis, no podía trabajar y su sostenimiento era asumido por su madre. Con base en lo expuesto, el ciudadano pidió que se ordenara reconocer y pagar la pensión de invalidez, toda vez que cumplía con los requisitos para ello. En esa oportunidad la Corte ordenó al Fondo de Pensiones que realizara todas las acciones tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del accionante, incluyendo el valor retroactivo al que hubiera lugar, al considerar que el demandante era un sujeto de especial protección constitucional por su condición de discapacidad visual, la enfermedad degenerativa que padecía y los demás problemas de salud y por carecer de un ingreso económico regular que le permitiera procurarse la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, vestido y vivienda. También por establecer que el señor cumplía con los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

[33] Sentencia T-491 de 2015.

[34] En sentencia T-653 de 2004, esta Corte señaló lo siguiente: “Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos.” En este mismo sentido se expresó en sentencia T-223 de 2012 al indicar que: “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.”

[36] Sentencia T-491 de 2015.

[37] Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los

derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

[38] “Artículo 9º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

[39] “Artículo 16: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”

[40] “Artículo 9º. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.”

[41] Sentencia T-550 de 2008.

[42] “Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

[43] “Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad

Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”

[44] “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

[45] Aparte desarrollado de conformidad con lo señalado en la sentencia T-491 de 2015 en relación con el tema. En esta sentencia la Corte concedió la pensión de invalidez a una señora que fue desvinculada del cargo por haber superado el 50% de pérdida de capacidad laboral y el tiempo durante el cual tenía derecho a que fueran pagadas sus incapacidades por el empleador.

[46] Sentencia T-550 de 2008, T-062A de 2011, T-138 de 2012, T-463 de 2012 y T-491 de 2015 entre otras.

[47] Sentencia T-951 de 2003. Ver también sentencia T-662 de 2011, entre otras.

[48] Por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

[49] “ARTÍCULO 5o. CLASES DE INVALIDEZ.1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte a) INVÁLIDO PERMANENTE TOTAL. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo,

haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base; (...)”

[50] “ARTÍCULO 5o. CLASES DE INVALIDEZ.1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (...)b) INVALIDO PERMANENTE ABSOLUTO. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado.

La cuantía básica de esta pensión será del 51% del salario mensual de base; (...)”

[51] “ARTÍCULO 5o. CLASES DE INVALIDEZ.1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (...) c) GRAN INVALIDEZ. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.

La cuantía básica de esta pensión será del 57 % del salario mensual de base.”

[52] Modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 019 del 10 de enero de 2012. “Artículo. 41.- Calificación del estado de invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.”

[53] Sentencia T-627 de 2013.

[54]“Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995.” “ARTÍCULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba

subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.”

[55] Sentencia T-491 de 2015.

[56] Sentencias T-699A de 2007, T-710 de 2009 y T-043 de 2014, entre otras.

[57] Ver sentencias T-248 de 2008, T.832A de 2013, T-012 de 2014, T-566 de 2014, T-974 de 2014 y T-401 de 2015, entre otras.

[58] Sentencia T-832A de 2013.

[59] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011. En relación con los derechos adquiridos, la Corte Constitucional ha diferenciado tres tipos de situaciones: (i) los derechos consolidados, que son aquellas situaciones en las que una persona cumple con un derecho y por tanto merece una poderosa protección del mismo; (ii) las meras expectativas, situación en la que un ciudadano no cumple ningún requisito para acceder a un derecho, razón por la que el legislador puede modificar sus condiciones; y (iii) las expectativas legítimas, que son una situación intermedia entre las anteriores dos, en las que una persona cumple alguno de los requisitos para acceder a un derecho y, por tanto, espera acceder al mismo, este tipo de circunstancia, según la Corte, es merecedora de una protección intermedia. Al respecto Cfr. sentencia T-832A de 2013.

[60] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011.

[61] Cfr. Sentencia T-832A de 2013. Ver también sentencia T-090 de 2009, entre otras.

[62] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011.

[63] Ídem.

[64] Ver también Sentencia de febrero 5 de 2008, M.P. Camilo Tarquino Gallego, radicación núm. 30528.

[65] El actor instauró acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos por cuanto había cotizado 1139.85 semanas, por lo que estimó que esa cantidad como suficiente para acceder al derecho a la pensión de invalidez. Además que la negativa de otorgarle la pensión afectaba su mínimo vital y el de su familia.

[66] Decreto 758 de 1990 aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, artículo 6º: “Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan los siguientes requisitos: a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, // b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

[67] “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.

Jurisprudencia Vigencia

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

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

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

[68] Folio 30 del cuaderno principal de tutela.

[69] Folio 18 del cuaderno principal de tutela.

[70] Folios 11 a 23 del cuaderno principal de tutela.

[71] En sentencia T-345 de 2009 se lee: “La Corte Constitucional ha sostenido que en los únicos dos casos en que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, es cuando (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y cuando (ii) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”. También manifestó la Corte en sentencia T-1028 de 2010 que “surtido el análisis de los hechos del caso concreto, el juez constitucional puede llegar a la conclusión de que una acción de tutela, que en principio parecería carente de inmediatez por haber sido interpuesta después de un tiempo considerable desde la amenaza o vulneración del derecho fundamental, en realidad resulta procedente debido a las particulares circunstancias que rodean el asunto”. De esta manera, se refirió a algunos eventos -no taxativos- en los que esta situación se puede presentar, a saber:

“(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta

desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “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”. Ver sentencias T-345 de 2009.

i) en las condiciones del actor que lo coloca en estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión en que actúa por miedo insuperable o la necesidad extrema de defender sus derechos,

ii) en el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho,

iii) en nuevos eventos que aparecen con posterioridad a la acción o que se omitieron en el trámite de la misma u otra situación que no se hubiere tomado como fundamento para decidir la tutela anterior que involucre la necesidad de protección de los derechos, y

iv) en la presentación de una nueva acción ante la existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional, [cuando el actor] en sus actuaciones siempre puso de presente a los jueces de tutela la previa existencia de una demanda de igual naturaleza.” Ver sentencia T-137 de 2014.

[73] Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

[74] Párrafos 5 y 6 del folio 58 del primer cuaderno de tutela.

[75] Ver sentencias T-628 de 2007, T-699A de 2007, T-550 de 2008, T-710 de 2009, T-299 de 2010, T-662 de 2011, T-138 de 2012, T-146 de 2013, T-576 de 2013, T-068 de 2014, T-549 de 2014 y T-974 de 2014, entre otras.

[76] Sentencias: T-751 de 2007 (La cosa juzgada constitucional en procesos de tutela no seleccionados); T-362 de 2007 (Temeridad en la interposición de la acción de tutela), T-301 de 2007 (Temeridad en la interposición de la acción de tutela) y T-184 de 2007 (La cosa juzgada relativa en asuntos en los que los jueces de instancia del primer proceso de tutela no se pronunciaron).

[77] Del texto que las encabeza y que cita la sentencia T-681 de 2015, se lee: “el sistema normativo nacional y la jurisprudencia constitucional, han aceptado la procedencia excepcional de acciones de tutelas –sic.- que buscan resolver asuntos presuntamente semejantes a otros sometidos a consideración previa ante el juez constitucional”.

[78] Sentencia T-352 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. “(...) las decisiones que adoptan los jueces como administradores de justicia, buscan poner punto final a las diversas controversias. Por tanto, dichas soluciones hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, que una vez el juez natural del asunto debatido tome una decisión, ésta resulta inmutable, vinculante y definitiva, por consiguiente, los funcionarios judiciales no pueden pronunciarse o decidir sobre un caso que previamente fue resuelto en el marco de un proceso judicial. (...) // En efecto, la cosa juzgada propende por la seguridad jurídica y la certeza del derecho debatido, en la medida en que evita que se reabra el estudio de un asunto que anteriormente fue examinado y decidido por un juez de la República, y asegura la estabilidad y certidumbre de los derechos que son declarados o reconocidos a través de una sentencia en firme. (...) // Con fundamento en estas características, la Corte ha señalado que la institución de la cosa juzgada cumple al menos dos funciones: una negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las relaciones jurídicas.”