

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

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

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION DEL ESTADO DE INVALIDEZ PARA PERSONAS CON VIH/PENSION DE INVALIDEZ-Dificultad en contabilizar las semanas de cotización por el carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad

Referencia: expediente T-2644346

Acción de tutela instaurada por el señor Luís Ferney Castro López contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil diez (2010)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallo proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín el 05 de febrero de 2010, y en segunda instancia, por la Sala Duodécima de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 16 de marzo de 2010, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Luis Ferney Castro López contra el Instituto de Seguros Sociales.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del trece (13) de mayo de dos mil diez (2010), expedido por la Sala de Selección Número Cinco.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El señor Luis Ferney Castro López presentó acción de tutela solicitando que se le ampararan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales, al haberle negado la pensión de invalidez, argumentando que no acreditó la cotización de 50 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.

El actor fundamentó su solicitud en los siguientes hechos:

1.1. Nació el 27 de octubre de 1977, se afilió en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de julio de 1996, se trasladó al Fondo Privado de Pensiones administrado por Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A., hoy BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., el 13 de agosto de 1997, y a partir del 1 de junio de 2007 se afilió nuevamente al Instituto de Seguros Sociales.

1.2. Luis Ferney Castro López manifiesta que es paciente VIH positivo, y por complicaciones derivadas de su enfermedad, fue calificado el 16 de octubre de 2008 con pérdida de capacidad laboral de origen común del treinta y cinco punto cero dos por ciento (35.02%), dictamen que controvertió ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia.

1.3. El 3 de marzo de 2009, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, calificó al señor Luis Ferney Castro López con pérdida de capacidad laboral de origen común del sesenta y siete punto noventa y cinco por ciento (67.95%), con fecha de estructuración de abril 24 de 2006.

1.5. Mediante Resolución No. 032455 del 23 de diciembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales revisó de oficio la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Luis Ferney Castro López, resolviendo no modificar la Resolución No. 026014 del 22 de septiembre de 2009. En esta segunda resolución, el Instituto de Seguros Sociales tomó en consideración los aportes realizados por el tutelante al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, sin embargo, concluyó que el tutelante seguía sin acreditar la cotización de

cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.²

2. Respuesta de la entidad accionada

Notificado de la acción de tutela, el Instituto de Seguros Sociales no se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la misma.

3. Sentencia de primera instancia

El 05 de febrero de dos mil diez 2010, el Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín, profirió sentencia negando el amparo solicitado, pues consideró que la acción de tutela era improcedente, porque “(...) la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Luis Ferney Castro López fue definida en forma negativa mediante actos administrativos debidamente motivados, expedidos con fundamento en disposiciones legales contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 860 de 2003 y que se encuentran en firme”³, por lo cual, no se cumplió con uno de los requisitos establecidos jurisprudencialmente para el reconocimiento de derechos prestacionales por vía de tutela, en virtud del cual, el juez de tutela debe determinar que al accionante le asiste el derecho pensional que reclama, pero que éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria, concluyendo que el accionante “(...) debe acudir a la jurisdicción laboral, [...] para que sea allí donde se discuta si tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez que solicita(...)”⁴.

4. Impugnación

Esta sentencia fue impugnada por el accionante, argumentando que en su caso, los mecanismos ordinarios no son idóneos para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional.

5. Sentencia de segunda instancia

La Sala Duodécima de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín resolvió la impugnación del fallo de primera instancia mediante sentencia del 16 de marzo de 2010, en la cual confirma la sentencia impugnada por considerar que “(...) al accionante le faltan las semanas requeridas para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto no cumple

con los presupuestos sustanciales contenidos en la norma laboral, lo que le impide en principio, que se pueda autorizar a su favor la prestación pensional requerida” 5. Igualmente, consideró que “(...) para que proceda de manera excepcional la tutela para el reconocimiento de derechos prestacionales pensionales, es necesario verificar que la falta de reconocimiento de la pensión se origine en actuaciones que resulten notoriamente ilegales o inconstitucionales, supuesto que no encuentra sustento material en este caso específico, pues la entidad accionada al proferir el acto administrativo continente de la negativa al reconocimiento pensional por invalidez, se fundamenta en disposiciones de naturaleza legal (...)”.⁶

Respecto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Duodécima de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el magistrado José Omar Bohórquez Vidueñas salvó el voto, pues consideró que en el expediente estaba demostrada la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable al mínimo vital del tutelante, y que el fundamento legal expresado en las Resoluciones 026014 y 032455 de 2009, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, no había tenido en cuenta la sentencia T-428 de 2009 proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró inexecutable el requisito de fidelidad al sistema para el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez.

ii. Actuación adelantada y documentos allegados en sede de revisión

1. Solicitud telefónica de información al actor

La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha considerado, en diversas oportunidades,⁷ que en ocasiones, para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción. Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela.

En este caso, frente a una eventual vulneración al derecho fundamental al mínimo vital del accionante, la Corte procedió a comunicarse telefónicamente con éste, para esclarecer algunos puntos de la petición. En dicha comunicación se le solicitó que aportara copia de la certificación de las semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, copia del

dictamen de calificación de su estado de invalidez, y que manifestara cual era su estado actual de salud y sus fuentes de ingreso para suplir sus necesidades básicas.

En respuesta a la solicitud anterior, mediante memorial recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 18 de junio del año en curso, el señor Luis Ferney Castro López informó al despacho que sufre de fuertes dolores en su columna derivados de su enfermedad, que está afiliado al Régimen Subsidiado en Salud, y a través de este sistema está recibiendo el tratamiento y los medicamentos que requiere. Agregó que no cuenta con ningún ingreso económico, y que sus necesidades básicas son suplidas con la ayuda que le brinda su madre.

Igualmente, aportó los siguientes documentos:

* Copia del Dictamen de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia el 3 de marzo de 2009, en el que es calificado con sesenta y siete punto noventa y cinco por ciento (67.95%) de pérdida de capacidad laboral de origen común, con fecha de estructuración 24 de abril de 2006. (Folios 10 - 15 del cuaderno de revisión).

* Copia del oficio con radicado ODA No. 09-18588, del 10 de noviembre de 2009, de la oficina de Devolución de Aportes del Instituto de Seguros Sociales, dirigido al señor Luis Ferney Castro López, en la que se le informa que dicha dependencia del Seguro Social le envió a la Seccional Antioquia del Seguro Social el detalle oficial del traslado de los aportes pertenecientes al tutelante, efectuado por la Administradora de Fondos de Pensiones Horizonte S.A. al Instituto de Seguros Sociales. (Folio 16 del cuaderno de revisión).

* Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones por el tutelante al Instituto de Seguros Sociales, y relación de novedades en el Sistema de Autoliquidación de Aportes, expedido el 13 enero de 2009. (Folios 17 - 22 del cuaderno de revisión).

* Reporte del estado de cuenta del señor Luis Ferney Castro López en el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte. (Folios 26 – 28 del cuaderno de revisión).

2. Posteriormente, mediante Auto del 30 de junio de 2010, la Sala de Revisión vinculó al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, teniendo en cuenta que dicha entidad podía verse afectada por la decisión que adoptara la Corte en la revisión de la tutela.

En ese mismo Auto, se ordenó a Horizonte Pensiones y Cesantías, que presentara un reporte de las semanas cotizadas por el señor Luis Ferney Castro López al fondo de pensiones que dicha entidad administra.

Igualmente, ordenó al Instituto de Seguros Sociales – Seccional Antioquia, que presentara un informe completo sobre la historia laboral de Luis Ferney Castro López, en el que incluyera un reporte de las semanas cotizadas por el tutelante.

En cumplimiento del mencionado Auto, Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. presentó un memorial en el que informó a la Corte que el 13 de agosto de 1997, el señor Luis Ferney Castro López suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A., hoy BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., como traslado proveniente del Instituto de Seguros Sociales.

Señaló que el Instituto de Seguros Sociales lo notificó sobre la solicitud de traslado del señor Luis Ferney Castro López a esa entidad, la cual fue aprobada por Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Como consecuencia de lo anterior, el 23 de julio de 2007, Horizonte trasladó al Instituto de Seguros Sociales los aportes consignados en la cuenta individual de ahorro pensional del señor Luis Ferney Castro López. Este traslado fue informado al Instituto de Seguros Sociales mediante comunicación del 8 de agosto de 2007.

Por último, sostuvo que el señor Luis Ferney Castro López no registra cotizaciones para pensión dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, es decir, entre el 24 de abril de 2003 y el 24 de abril de 2006.

Anexo a la comunicación en mención, Horizonte presentó un informe de los períodos cotizados por el tutelante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por dicha entidad.

Mediante comunicación del 19 de julio de 2010, la Secretaria General de la Corte Constitucional informó al despacho que no recibió comunicación alguna en respuesta al requerimiento al Instituto de Seguros Sociales para que presentara un informe completo de la historia laboral del señor Luis Ferney Castro López en el que incluyera un reporte de los períodos cotizados por el tutelante.

3. Ante el silencio del Instituto de Seguros Sociales y considerando que la información requerida era necesaria para resolver el fondo de la solicitud de amparo en estudio, la Sala de Revisión, mediante Auto del 29 de julio de 2010, insistió al Instituto de Seguros Sociales para que aportara el informe mencionado.

En comunicación del 13 de agosto de 2010, la Secretaria General de la Corte Constitucional informó al despacho, que no recibió respuesta alguna por parte del Instituto de Seguros Sociales sobre la solicitud reiterada.

4. Ante la renuencia del Instituto de Seguros Sociales de aportar la información solicitada, se requirió al accionante, mediante comunicación telefónica del 20 de agosto de 2009, para que enviara copia de su historia laboral actualizada, y precisara los trabajos que realizó a partir de 2003, aportando copia de las certificaciones laborales que tuviera en su poder, o en caso de haber estado afiliado al Sistema de Seguridad en Pensiones como trabajador independiente, enviara copia de los recibos de pago de sus aportes.

En respuesta a la solicitud anterior, mediante memorial recibido en la Secretaría de la Corte Constitucional el 24 de agosto del año en curso, el señor Luis Ferney Castro López informó al despacho que desde el año 2003, ha cotizado en forma interrumpida al Instituto de Seguros Sociales, “co[n] varios contratistas de construcción”⁸.

Anexó a la comunicación un reporte expedido por el Instituto de Seguros Sociales de las semanas cotizadas hasta el mes de agosto de 2010.⁹

5. El 26 de agosto del año en curso, el despacho recibió el oficio OPT-A-616/2010, por medio del cual el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales aporta el reporte de semanas cotizadas por el accionante al ISS10 y una copia de la comunicación

identificada con radicado ODA No. 10-6526, que contiene un reporte de los períodos cotizados por el accionante a otros fondos.¹¹

III. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

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

2. Problema Jurídico

La acción de tutela instaurada por el señor Luis Ferney Castro López le plantea a la Corte el siguiente problema jurídico:

Para resolver el problema jurídico, se estudiará la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. En segundo lugar, se reiterará la jurisprudencia sobre el requisito para obtener la pensión de invalidez, relativo a haber cotizado 50 semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, establecido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. En tercer lugar, se harán consideraciones respecto de la fecha de estructuración del estado de invalidez. Por último se estudiará el caso concreto.

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

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

Es necesario señalar que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que se

dirija a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el cual ha sido caracterizado por la Corte en los siguientes términos:

“[e]n primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.¹²

Tal como lo manifiestan los jueces de instancia, el tutelante dispone en este caso de otro medio de defensa judicial ante la justicia laboral ordinaria para la protección de sus derechos. Por ello, es preciso verificar si está acreditada la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, ya que de eso depende la procedencia de la tutela, en el caso concreto.

La Sala advierte que con la acción de tutela, el peticionario busca evitar un perjuicio inminente, toda vez que se trata de un paciente VIH positivo, que fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del sesenta y siete punto noventa y cinco por ciento (67.95%), y quien manifiesta que no cuenta con una fuente de ingresos reales, lo cual conduce a concluir que su situación económica es crítica, ya que por falta de recursos no puede tener una vida en condiciones dignas, ni atender sus necesidades básicas.

Además tratándose de una persona inválida que padece una enfermedad grave que compromete su expectativa de vida, es probable que cuando se resuelva su derecho, tal decisión ya no resulte eficaz. Razón por la cual se concluye que la tutela es el mecanismo expedito para estudiar la posible vulneración de los derechos fundamentales del señor Luis Ferney Castro López.

1. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez y régimen aplicable. Reiteración de

jurisprudencia

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho fundamental irrenunciable, el cual debe prestarse en los términos que establezca la ley. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, estableciendo el Sistema de Seguridad Social Integral, dentro del cual se encuentra el Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a la población una protección frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común¹³, el Sistema General de Pensiones consagró el reconocimiento de una pensión de invalidez para aquellas personas que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 39 de la citada ley, o, el reconocimiento de una indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez para aquellos afiliados que al momento de estructuración de su invalidez no hubieren reunido los requisitos para adquirir esa prestación.

Pues bien, en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se establecieron dos tipos de requisitos que debían cumplir las personas que habían sido declaradas inválidas para que se les reconociera el derecho a la pensión de invalidez, dependiendo de si estaban cotizando al sistema al momento de producirse el estado de invalidez o si habían dejado de cotizar. En el primer evento, el afiliado debía haber “cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez”, en el segundo evento, el afiliado al sistema debía haber “efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

Los anteriores requisitos fueron modificados por el legislador mediante la expedición de la Ley 860 de 2003¹⁴. En esta norma se eliminó la diferenciación entre los requisitos exigidos a los afiliados que se encontraran cotizando al momento de producirse el estado de invalidez y aquellos que hubieran dejado de cotizar, exigiendo para todos los afiliados que hubieran sido declarados inválidos por enfermedad común, haber “cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de

la primera calificación del estado de invalidez”¹⁵.

Esta Corporación, en diferentes oportunidades, examinó en sede de tutela diversas controversias jurídicas suscitadas por los cambios normativos de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y determinó su incompatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales en casos concretos,¹⁶ ya que la disminución de los niveles de protección en cuanto al acceso a la pensión de invalidez que prevé la Ley 860 de 2003 no estaba sustentada en razones suficientes que justificaran su imperiosa necesidad. A su vez, la Corte estimó que con tales requisitos se generaban consecuencias lesivas a grupos poblacionales que, en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta, deben ser sujetos de especial protección por parte del Estado.

Estos análisis fueron realizados desde la hipótesis de que no existía un pronunciamiento del pleno de la Corporación sobre la exequibilidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Al respecto la sentencia T-287 de 2008¹⁷ señaló: “Por lo tanto, mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podrá inaplicar dicho artículo y ordenar que se aplique la norma anterior más favorable de la Ley 100 de 1993 (artículo 39), cuando se constaten circunstancias de especial vulnerabilidad.”

Sin embargo, esta Corporación, en la sentencia C-428 del 1 de julio de 2009¹⁸, analizó en sede de control abstracto si el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo contemplado en el precepto 39 de la Ley 100 de 1993. En esta sentencia la Corte sostuvo:

“En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. [...]

Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema

pensional paga su cotización en un mes dado¹⁹. Lo anterior implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.”

[...]

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

[...]

“Lo anterior permite apreciar como este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del anterior caso analizado, respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En muchos casos, los afiliados de la tercera edad que padecen de discapacidad van a encontrarse con una barrera infranqueable de acceso al beneficio, pues muchos de ellos ya no podrán cumplir el nuevo requisito consagrado en la norma, a pesar de cotizar el

100% de los periodos restantes. Se aprecia la desprotección a la población incapacitada más vulnerable, como es la perteneciente a la tercera edad. Igualmente debe resaltarse que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude”, existen otras alternativas de tipo administrativo, que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas.” 20.

A partir del anterior pronunciamiento, en el evento en que una solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez por origen común deba ser estudiada a la luz de la Ley 860 de 2003, se deberá constatar que el solicitante cumpla con la exigencia de haber cotizado el número de semanas mínimas requeridas por la norma en mención. De lo contrario, deberá analizarse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, en el cual se contempla el reconocimiento de una indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez.

5. Fecha de estructuración del estado de invalidez para personas VIH positivos

Otro punto importante que ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es la determinación de la fecha de estructuración del estado de invalidez de personas VIH positivos, a quienes se les ha determinado una fecha de estructuración anterior a la fecha del dictamen.

La pérdida de capacidad laboral se determina por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley,²¹ a partir de tal dictamen se determina la condición de la persona, indicándose el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía,²² de modo que se le asigna un valor a cada uno de estos conceptos, lo cual determina un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez.²³

La fecha de estructuración de la invalidez fija el momento a partir del cual la persona ve mermadas sus capacidades laborales, y generalmente, esta fecha coincide con el momento a partir del cual la persona no puede continuar generando ingresos y requiere del pago de la pensión como sustituto de éstos.

Sin embargo, es posible que, en razón de la enfermedad que genera la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración del estado de invalidez sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen,²⁴ a pesar de que la persona haya conservado sus

capacidades funcionales y haya continuado realizando los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. En estos eventos, la Corte ha considerado que:

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

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos. Así, cabría cuestionarse si es procedente que la respectiva A.F.P. desconozca las cotizaciones realizadas desde la fecha de estructuración hasta el momento de la calificación, cuando efectivamente se pudo establecer el estado de invalidez.

Es de anotar que la anterior dificultad se refiere a aquellos casos en que enfermedades de tipo degenerativo determinan que el afectado continúa cotizando después de una fecha de estructuración que se fija posteriormente en la calificación de la pérdida de las capacidades laborales, mas no cuando a una persona ya se le hubiere practicado la calificación en la que constase el estado de invalidez y pretendiera que se tuviesen en cuenta las cotizaciones que, eventualmente, pudiese haber hecho después de la certificación de la invalidez” 25.

En desarrollo de lo anterior, cuando se estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad degenerativa y a quien se le ha

determinado una fecha de estructuración de su estado de invalidez en forma retroactiva, es decir, en un momento anterior a la fecha en que se realiza el dictamen, a pesar que durante ese tiempo la persona ha mantenido sus capacidades funcionales y ha seguido cotizando al sistema, los aportes que ha realizado en ese lapso de tiempo deben contarse para determinar si cumple con las semanas requeridas para el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez.

6. Caso en estudio

En el presente caso, el señor Luis Ferney Castro López solicita que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales, al haberle negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que no acreditó la cotización de cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.

Para resolver el problema jurídico, debe tenerse en cuenta que, el 3 de marzo de 2009, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia calificó al señor Luis Ferney Castro López con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de origen común del sesenta y siete punto noventa y cinco por ciento (67.95%), con fecha de estructuración del 24 de abril de 2006.²⁶

Con base en la anterior información, el Instituto de Seguros Sociales estudió la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez presentada por el accionante el 3 de abril de 2009, y profirió la Resolución No. 032455 del 23 de diciembre de 2009, negando el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez porque en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, el señor Luis Ferney Castro tan sólo cotizó al Sistema un total de nueve (9) semanas.

En el trámite de revisión, el accionante presentó un reporte expedido por el Instituto de Seguros Sociales de las semanas cotizadas por el tutelante hasta el mes de agosto de 2010²⁷ y una relación de novedades del Sistema de Autoliquidación de Aportes del Instituto de Seguros Sociales.²⁸ Igualmente, en sede de revisión y en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional mediante Auto del 30 de junio de 2010, el Instituto de Seguros Sociales presentó un reporte de las semanas cotizadas por el accionante al fondo

administrado por esa entidad y un reporte de los períodos cotizados por el accionante a otros fondos²⁹.

En dichos documentos se constata que durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez del accionante, que ocurrió el 24 de abril de 2006, tan sólo se reportan nueve (9) semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales. Igualmente, entre la fecha de estructuración del estado de invalidez y la fecha en que se realizó el dictamen de calificación, el 3 de marzo de 2009, los aportes corresponden a veinticuatro (24) semanas.

Por lo anterior, la Corte Constitucional considera que, con base en el material probatorio que obra en el expediente, no se evidencia que el señor Luis Ferney Castro haya cotizado cincuenta (50) semanas durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, ni tampoco, durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia realizó el dictamen de calificación.

Sin embargo, como el accionante afirma que desde el año 2003 se desempeñó en labores de ayudante de construcción con distintos empleadores, quienes tenían la obligación de pagar sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, pero en el expediente no se aportan las pruebas correspondientes, debe recordársele que tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para que en esa sede se determine si sus empleadores vulneraron su derecho a la seguridad social.

Por todo lo anterior, la Sala de Revisión confirmará los fallos objeto de revisión, porque no se evidencia de las pruebas obrantes en el expediente que la actuación del Instituto de Seguros Sociales haya vulnerado los derechos fundamentales del accionante, lo cual no es óbice para que, si lo considera pertinente, haga uso de las acciones que la ley le otorga para reclamar sus derechos, o solicite la respectiva indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, prestación consagrada en el artículo 45 de la ley 100 de 1993,³⁰ como una medida para cuando las personas no llenen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Duodécima de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 16 de marzo de 2010, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín el 05 de febrero de 2010, la cual negó la acción de tutela instaurada por el señor Luis Ferney Castro López contra el Instituto de Seguros Sociales.

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

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Secretaria General

1 Folios 6 y 7 del cuaderno principal. En adelante, siempre que se haga referencia a un folio, se entenderá que hace parte del cuaderno principal.

2 A folios 4-5, obra copia de la Resolución No. 032455 del 23 de diciembre de 2009, proferida por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia.

3 Folio 14.

4 Folio 15.

5 Folio 27.

6 Folio 28.

7 Al respecto véanse, entre otras decisiones, las sentencias T-603 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (MP. Jaime Araújo Rentería), T-643 de 2005 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño) y T-726 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino).

8 Folio 58, cuaderno de revisión.

9 Folio 60.

10 Folios 62 – 64, cuaderno de revisión.

11 Folios 65 y 66, cuaderno de revisión.

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

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

14 Esta norma empezó a regir a partir del 26 de diciembre de 2006.

15 Artículo 1º, Ley 860 de 2003.

16 Ver, entre otras, las sentencias T-1291 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-699A de

2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-628 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1040 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

17 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 MP. Mauricio González Cuervo. (SPV. De Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa).

19 Dato obtenido a partir de informes de la Superintendencia Financiera del mes de octubre de 2008.

20 Sentencia T-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo).

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

22 EL Decreto 9170 de 1999 definió estos conceptos así:

“DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano”

“DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el

desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.”

“MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.”

23 Artículo 31 del Decreto 2463 de 2001.

24 El artículo 3 de Decreto 917 de 1999 al definir la fecha de estructuración señala: “Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

25 Sentencia T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió la solicitud de amparo de una persona enferma de SIDA, a quien se le había negado el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez porque no había aportado 50 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez. La Corte amparó los derechos del tutelante porque el dictamen fue proferido en una fecha posterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, tiempo durante el cual, el tutelante aportó al sistema las semanas suficientes para que se le reconociera su derecho.

26 Folios 10-14, cuaderno de revisión.

27 Folio 60, cuaderno de revisión.

28 Folios 9 – 13, cuaderno de revisión.

29 Folios 63 – 66, cuaderno de revisión.

30 Norma que debe entenderse en concordancia con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.