

T-697-13

Sentencia T-697/13

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

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

En todos los casos deberá efectuarse un estudio de procedencia, que si bien ha de ser estricto, requiere mayor consideración sobre las reglas establecidas, en atención a la especial protección de las condiciones en que se encuentran las personas en situación de discapacidad, más aún si se trata de aquellas que padecen VIH y SIDA. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, está muy lejos de ser absoluta.

### PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos según artículo 39 de la Ley 100/93

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

PENSION DE INVALIDEZ-Se debe tener en cuenta no solo la fecha de estructuración de la invalidez, sino la condición de especial protección de ciertos sujetos como los enfermos de VIH-SIDA

### DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION DEL ESTADO DE INVALIDEZ PARA PERSONAS CON VIH

Cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de quien padezca una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, como cáncer, VIH y SIDA u otra de similar magnitud, determinándose la fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se tendrán en cuenta los aportes realizados al sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha y cuando la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva.

Es del caso referir que, a pesar de las circunstancias, el actor continuó trabajando y cotizando más allá de la fecha de estructuración dada por el grupo calificador e, incluso, hasta después de que se realizó el examen de calificación, esfuerzo ingente que amerita aún más el reconocimiento.

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

Referencia: expediente T-3878566

Acción de tutela instaurada mediante apoderado por YY, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A..

Procedencia: Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá.

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado en segunda instancia por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, en febrero 14 de 2013, dentro de la acción de tutela instaurada mediante apoderado por YY, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A..

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado despacho judicial, según lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. En junio 28 del 2013, la Sala 6<sup>a</sup> de Selección lo eligió para revisión.

Antes de abordar a fondo el estudio del asunto y accediendo a la solicitud del demandante (f. 21 cd. corte), esta Sala considera necesario tomar medidas para proteger la intimidad del

accionante, de manera que serán elaborados dos textos de esta sentencia, de idéntico tenor, solo que en uno de ellos, que será el divulgado y consultado libremente, se suprimirán nombres y cualquier otro dato que pudiere conducir a la identificación[1].

## I. ANTECEDENTES.

El señor YY obrando mediante apoderado, promovió acción de tutela en diciembre 21 de 2012, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., (en adelante Porvenir), solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la salud, a la dignidad humana y al mínimo vital, según los hechos que a continuación son resumidos.

### A. Hechos y relato contenido en la demanda.

1. Por intermedio de apoderado, YY, de 38 años de edad, C. C. ... de ..., afirmó que desde agosto 25 de 1994 hasta diciembre 20 de 2012 cotizó al Sistema de Seguridad Social en pensiones, inicialmente al ISS y a partir de diciembre 9 de 1997 a Porvenir (f. 1 cd. inicial).
2. Indicó también que luego de haberse practicado varios exámenes, médicos del Hospital Universitario San Ignacio de Bogotá le diagnosticaron virus de inmunodeficiencia humana VIH.
3. Al padecer tal novedad “catastrófica”, mediante dictamen de octubre 9 de 2012 el grupo interdisciplinario de calificación de pérdida de capacidad laboral y origen de Seguros de Vida Alfa S. A., calificó su pérdida de capacidad laboral en 68,45%, con fecha de estructuración marzo 3 de 2008.
4. En virtud de lo anterior, en noviembre 13 de 2012 se solicitó a Porvenir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero la entidad demandada la negó, al estimar que no acreditaba los requisitos para obtenerla, concediéndole solo la posibilidad de devolución de los aportes realizados o seguir cotizando en procura de la pensión de vejez (f. 3 ib.).
5. Por su parte, el actor sostuvo que sí cumplía los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, pues de conformidad con la relación histórica de los aportes efectuados, acredita un total de semanas cotizadas superior a las 50 exigidas en los 3 años anteriores a la fecha de

estructuración de la invalidez, es decir, entre marzo 3 de 2005 y el mismo mes y día de 2008, recordando que no le era exigible el requerimiento de fidelidad, pues la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009 declaró inexequible tal exigencia (f. 4 ib.).

6. Así, aseveró que la pensión de invalidez sería el único medio de sustento para él y su grupo familiar, y que la negativa de Porvenir a reconocerla atenta contra su dignidad humana, ante su grave estado de salud y la vulnerabilidad que afronta, situación conocida por la empresa demandada (f. 3 ib.).

7. Por lo expuesto, la parte actora solicitó tutelar los derechos al debido proceso, la dignidad humana, la igualdad, la vida, la salud, la seguridad social y el mínimo vital y, en consecuencia, ordenar a Porvenir reconocer y pagar la pensión de invalidez reclamada (f. 25 ib.).

#### B. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

1. Cédula de ciudadanía de YY (f. 29 cd. corte).

2. Resumen de la historia clínica de YY, donde se lee (f. 32 ib.): "Paciente de 37 años... Elisa- VIH reactivo y W. Blot positivo de Enero/2008, clasificado como Inf por VIH C3, durante el transcurso de su enfermedad ha cursado con: Linfoma B de células grandes de alto grado de malignidad (junio/08) con masa en ciego, Diarrea crónica resuelta, NAC (oct/07), Sífilis, Hipotiroidismo, encefalopatía a estudio, en manejo por Neumología por cuadro de masa pulmonar Vs Infarto pulmonar por TEP, Encefalopatía."

3. Dictamen de octubre 9 de 2012, mediante el cual el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S. A., calificó la pérdida del actor en 68,45%, origen enfermedad común, fecha de estructuración marzo 3 de 2008 (fs. 34 y 35 ib.).

4. "Reclamación de prestaciones económicas" de noviembre 13 de 2012, elevada por el accionante ante Porvenir (fs. 30 y 31 ib.).

5. Escrito de Porvenir de noviembre 30 de 2012, negándole al actor la pensión de invalidez, al estimar que no cumplía los requisitos para obtenerla (f. 29 ib.).

6. Relación histórica de movimientos y aportes efectuados a favor del actor, emitida por la empresa accionada en diciembre 19 de 2012 (fs. 36 a 50 ib.).

7. Declaración jurada del actor de diciembre 21 de 2012, mediante la cual indicó sufrir enfermedad crónica irreversible, de pronóstico reservado “sin posibilidad de rehabilitación.... los últimos 6 meses he permanecido incapacitado - ... me encuentro imposibilitado de desempeñar alguna clase de trabajo que implique esfuerzo. Que me encuentro sin trabajo, no percibo salario, ni ingresos de ninguna naturaleza, no soy pensionado, así como tampoco me encuentro recibiendo subsidio o auxilio de ninguna entidad pública ni privada” (f. 61 ib.).

8. Certificación de febrero 18 de 2013, emitida por Aliansalud EPS a solicitud del actor, relacionando a su nombre 11 períodos de incapacidad (f. 14 cd. 3).

#### C. Actuación procesal y respuesta de la entidad accionada.

Mediante auto de diciembre 26 de 2012, el Juzgado 25 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá admitió la acción de tutela y corrió traslado a Porvenir, para que en un término de doce horas siguientes a la respectiva notificación ejerciera su defensa (f. 2 cd. 2).

En respuesta de diciembre 28 de 2012, el Director Jurídico de Procesos de la empresa demandada presentó escrito en solicitud de “rechazar y/o declarar improcedente” la acción de tutela en referencia, por existir otros medios de defensa judicial, además de la ausencia de vulneración alguna de sus derechos fundamentales, además porque la entidad que representa ha obrado conforme a la normatividad que regula la materia y no incurrió en irregularidad o negación caprichosa del derecho pensional (fs. 4 a 13 ib.).

#### D. Decisión objeto de revisión.

##### 1. Sentencia de primera instancia.

Mediante fallo de enero 10 de 2013, el Juzgado 25 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá concedió el amparo pedido a favor del señor YY y ordenó a Porvenir reconocer la pensión de invalidez.

Para tal efecto, analizó “la legitimidad, importancia, y lo imperioso de adoptar el otorgamiento de la pensión de invalidez; de igual forma se ha demostrado no sólo que es adecuada y conducente, sino también necesaria para el accionante, y que en tales circunstancias no puede ser reemplazada por otra prestación, finalmente se concretaron los beneficios de adoptarla...” (fs. 14 a 30 ib.).

## 2. Impugnación.

Mediante escrito de enero 17 de 2013, el representante legal de la entidad demandada impugnó el fallo del a quo, solicitando revocar dicha providencia y, en su lugar, denegar o declarar improcedente la acción de tutela.

Expuso que “la parte actora cuenta con un instrumento judicial a través del procedimiento laboral ordinario preceptuado en la ley, para hacer valer sus pretensiones ante esa jurisdicción, ya que la misma acción versa sobre temas relacionados con la seguridad social integral y más exactamente con el reconocimiento de un beneficio pensional”. Así mismo, fundó su petición en la inexistencia de perjuicio irremediable (fs. 35 y 49 ib.).

## 3. Sentencia de segunda instancia.

En febrero 14 de 2013, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá revocó la decisión recurrida y, en consecuencia, declaró improcedente la acción de tutela instaurada mediante apoderado judicial por YY, contra Porvenir, al encontrar insatisfechos los requisitos legales necesarios para adquirir la pensión de invalidez reclamada.

Para tal fin, el despacho judicial concluyó que es “presupuesto de procedibilidad de la acción constitucional de tutela, en casos como el que nos ocupa, que se encuentren cumplidos los requisitos legalmente establecidos para que se pueda obtener el reconocimiento pensional de la invalidez” (fs. 3 a 9 cd. 3).

# II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

## Primera. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de

la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se analiza.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos al debido proceso, a la dignidad humana, a la igualdad, a la vida, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital, invocados a favor del señor YY, quien padece VIH C3, fueron vulnerados por Porvenir, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pedida, con fundamento en el incumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello.

Tercera. Especial protección constitucional para personas en situación de discapacidad, especialmente por padecer VIH y SIDA. Reiteración de jurisprudencia.

Según lo dispuesto en el artículo 13 de la carta política, el principio de igualdad se erige como uno de los pilares sobre los cuales se construye el orden democrático e institucional del Estado colombiano. Así se infiere de los deberes constitucionales de “promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados” y “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta”.

En virtud de tal norma, en principio se aprecia que el artículo 47 superior dispone el deber del Estado de seguir políticas de previsión, rehabilitación e integración social para quienes se encuentren en situación de disminución física, sensorial y psíquica, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Por su parte, el artículo 48 superior instituyó la obligatoriedad del servicio público de seguridad social, mandato desarrollado ampliamente en la Ley 100 de 1993 y disposiciones que la complementan y reforman. En lo pertinente y entre muchos otros preceptos, el artículo 10 de dicha Ley estableció como objeto del sistema pensional, “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones...” (no está en negrilla en el texto original), desarrollando así la base jurídica de la pensión de invalidez, especificada más adelante en los artículos 38 a 45 y 69 a 72 de dicha Ley.

Tales imperativos imponen su cumplimiento en multiplicidad de ámbitos y la Corte Constitucional ha reconocido expresamente algunos escenarios en los que el deber de protección a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, es axiomático. Así sucede en el caso de las personas enfermas de VIH y SIDA, quienes ven afectada su salud por una dura enfermedad que aún no conoce curación y que suele terminar con la vida de quienes la padecen, atacando el sistema inmunológico[2].

Así, la Corte ha sostenido que los portadores “del VIH son sujetos de especial protección constitucional por cuanto su padecimiento causa deterioro progresivo del estado de salud de quien lo soporta. En consecuencia, hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad en que se encuentra. Por ende, es deber del Estado adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados”.[3]

Dentro de este marco de protección, la jurisprudencia constitucional ha resaltado el especial tratamiento que se debe procurar a quienes padecen tal síndrome, en razón a la gravedad de la enfermedad y su carácter progresivo, observando la existencia de determinados ámbitos de protección, a saber: “(i) en materia de salud, concediendo medicamentos, tratamientos, traslados entre IPS, EPS o EPSS, cuando el afectado no cuenta con la posibilidad o los recursos económicos para asumirlo y se evidencia un grave detrimento de sus derechos fundamentales; (ii) en materia laboral, prohibiendo el despido injustificado o la discriminación, en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo; (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia y (iv) en materia de protección a personas habitantes de la calle, cuando son portadoras de VIH y dicha situación puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales no solamente propios, sino también de las personas que los rodean”[4].

Cuarta. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez, debe recordarse que esta es una vía judicial al alcance de toda persona, para procurar la protección de sus derechos fundamentales, la cual procederá cuando el

afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 Const.).

Más específicamente, esta Corte ha establecido las siguientes reglas, a partir de las cuales puede y debe determinarse la excepcional procedencia del amparo constitucional en estos casos:

(i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica por sí que ella deba ser denegada” [5], pues la idoneidad debe ser verificada por el juez en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, sea como mecanismo transitorio o no[6], pues existen casos en que los otros medios de defensa pueden resultar insuficientes, especialmente frente al estado de indefensión de algunas personas (“circunstancia de debilidad manifiesta”), que no poseen otros medios de subsistencia diferentes a la pensión.

(ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio que irremediablemente afecte derechos fundamentales. Tratándose del reconocimiento de una pensión de invalidez, esta Corte ha señalado que el perjuicio irremediable y la afectación al mínimo vital se presumen, en cuanto si quien estaba laborando sufre una pérdida significativa de su capacidad, sea por enfermedad o por accidente, sus ingresos se reducirán consecuencialmente, en la medida en que la actividad dejada de realizar era su medio de subsistencia[7].

(iii) Que exista certeza sobre el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión[8].

4.2. En suma, en todos los casos deberá efectuarse un estudio de procedencia, que si bien ha de ser estricto, requiere mayor consideración sobre las reglas establecidas, en atención a la especial protección de las condiciones en que se encuentran las personas en situación de discapacidad, más aún si se trata de aquellas que padecen VIH y SIDA. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, está muy lejos de ser absoluta.

Quinta. Requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir de la Ley 100 de 1993.

5.1. Los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez han variado paulatinamente, desde su creación hasta la actualidad. Originalmente, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía que quienes i) tuvieran una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y ii) estuvieran cotizando al régimen y tuvieran aportes equivalentes a 26 semanas o más, al momento de producirse el estado de invalidez; o iii) acreditaran aportes durante 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior al momento de estructuración del estado de invalidez, tendrían acceso al derecho pensional en cuestión.

5.2. Esta norma fue modificada por la Ley 797 de 2003, que instauró en su artículo 11, después declarado inexequible por vicios de procedimiento en su formación[9], otros requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Se estableció entonces que el afiliado que hubiera perdido el 50% o más de su capacidad laboral por enfermedad común debía, i) acreditar 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y ii) tener al menos un 25% de cotizaciones al sistema entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Así mismo, dispuso para el caso de invalidez originada en accidente de trabajo, el requisito de la cotización mínima de 50 semanas.

5.3. Nuevamente, los requisitos fueron modificados por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, disposición que i) disminuyó el porcentaje de fidelidad al sistema del 25% al 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; ii) extendió ese requisito al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo; iii) continuó con las 26 semanas de cotización para afiliados menores de 20 años; y iv) estipuló en el parágrafo 2º, que “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”.

El artículo 1º de la Ley 860 de 2003, igualmente fue objeto de demanda[10] de inconstitucionalidad, que fue resuelta mediante sentencia C-428 de julio 1º de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo, en la cual la Corte analizó el principio de progresividad, definiéndolo como una responsabilidad[11] impuesta al Estado por la Constitución Política y por diferentes instrumentos internacionales.

En dicha sentencia se estudió el requisito del aumento de semanas exigidas, de 26 en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la enfermedad o al hecho causante de la invalidez, a 50 en los últimos tres años, argumentando 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. ... 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”.

También se observó el requisito del 20% de fidelidad al sistema y se definió que esta exigencia sí era regresiva, porque “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”.

Igualmente se comprobó, con el análisis de la amplia jurisprudencia precedente en materia de tutela, que efectivamente se hacía más difícil el acceso a la pensión de invalidez, especialmente para personas discapacitadas o de la tercera edad.

En consecuencia, la referida sentencia C-428 de 2009 declaró exequible el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez” la cual se declaró inexequible. Además, se declaró exequible el numeral 2º del mismo artículo, exceptuando la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, que también fue declarada inexequible.

5.4. En conclusión, el estado actual de las exigencias para el reconocimiento y consecuente pago de la pensión de invalidez, quedó así, a partir de la reforma y de la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 1º de la Ley 860 de 2003:

"Ley 860 de 2003, Artículo 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

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...."

Sexta. Reglas constitucionales para garantizar el derecho a la pensión de invalidez, cuando se trata de invalidez generada por enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con lo expuesto en el acápite anterior, resulta claro que uno de los requisitos legales para que una persona pueda acceder a la pensión de invalidez, es que haya cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Como lo señala el artículo 39 de la Ley 100 de 1993[12], los 3 años anteriores para completar las 50 semanas requeridas, se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de劳动 and no puede seguir cotizando al sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las juntas calificadoras de invalidez. Este tema, aparentemente técnico, es relevante desde el punto de vista constitucional.

Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas,

como el VIH y SIDA, donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina y se ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva. Frente a estos asuntos excepcionales, la jurisprudencia constitucional ha establecido reglas precisas para garantizar el derecho a la pensión de invalidez de quienes afrontan dichos padecimientos, las cuales serán expuestas a continuación.

Es pertinente señalar que esta Corte ha evidenciado que las juntas de calificación de invalidez establecen como fecha de estructuración aquella en la que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que fue diagnosticada, a pesar de que en ese tiempo no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva (art. 3º D. 917 de 1999), situación que genera una desprotección constitucional y legal de las personas en situación de invalidez.

En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones se agravan con el tiempo, la persona podría continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta cuando su condición de salud le haga imposible continuar laborando y cotizando al sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las juntas de calificación de invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que la persona no seguirá trabajando, en un momento en que aún se desempeña productivamente y funcional y puede aportar al sistema.

Al respecto, en sentencia T-699A de septiembre 6 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, a propósito de una persona enferma de VIH y SIDA, esta corporación señaló (no está en negrilla en el texto original):

“... es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, puedan darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el

solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

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

De manera similar, en sentencia T-710 de octubre 6 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, se reiteró (no está en negrilla en el texto original):

"... a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor ..., se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada." [13]

Bajo tales supuestos, en sentencia T-163 de marzo 11 de 2011, M. P. María Victoria Calle

Correa, se determinó que la fecha de estructuración frente a una enfermedad degenerativa, crónica o congénita tiene un tratamiento jurídico diferente al general, concluyéndose que “cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva”.

Lo anterior fue confirmado en sentencia T-138 de marzo 1º de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (no está en negrilla en el texto original):

“... como se advirtió en el análisis sobre el planteamiento del caso concreto, la discusión del presente debate ante los jueces de instancia se adelantó a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la determinación de cuáles son los elementos a considerar para establecer la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedades de deterioro progresivo. Dicha jurisprudencia ha explicado que las regulaciones sobre el tema disponen que la fecha de la invalidez corresponde al momento preciso en que la persona pierde la capacidad laboral. Por ello, explica la Corte, en algunos casos ha resultado errado que las juntas de calificación tomen como fecha de estructuración de la invalidez la fecha en que diagnosticó la enfermedad. Pues, dicha fecha no representa el momento en que la persona ya no puede laborar más. Por lo cual, se deben contar las cotizaciones realizadas hasta el momento en que se dictamina la calificación de la invalidez en un porcentaje superior al 50%. Y, a partir de dicha fecha (de la calificación) exigir el requisito de las cotizaciones mínimas. Esto, en tanto que el diagnóstico de una enfermedad de deterioro progresivo no significa per se la incapacidad de seguir laborando[14].”

Del mismo modo, en sentencia T-485 de junio 25 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la cual se estudió el caso de una señora que padecía cáncer, enfermedad también considerada catastrófica y de carácter progresivo, se aplicó análogamente la referida regla constitucional (no está en negrilla en el texto original):

“... si bien el dictamen de pérdida de capacidad laboral que se le realizó a la accionante,

estableció una fecha de estructuración cercana al momento en que la actora solicitó por primera vez la calificación de su estado, es decir el 2 de diciembre de 2010, y no en el momento en que se dan los primeros síntomas de la enfermedad, es claro que la estructuración no concuerda con el momento en que la señora Guerrero pierde su capacidad para trabajar de manera permanente y definitiva, puesto que, luego del primer dictamen que no le otorgó el porcentaje de incapacidad requerido, durante el proceso de apelación, y al momento de la segunda calificación que arroja como resultado el porcentaje que la cataloga como inválida, la demandante continuó con una vida laboral activa y por ende, siguió cotizando al sistema de seguridad social en pensiones hasta el mes de agosto de 2011.

Es así como, de acuerdo con el historial de semanas de cotización de la señora Guerrero, solicitado por la Corte, se logró evidenciar que desde la fecha de estructuración, el 22 de noviembre de 2010, hasta el mes de agosto de 2011, ésta continuó realizando los aportes a pensiones en el respectivo fondo y, en el momento en que fue calificada de manera definitiva, ya contaba con más de 50 semanas cotizadas (aproximadamente 60)."

Con base en tales precedentes y otros análogos al caso objeto de análisis, resulta apropiado concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de quien padezca una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, como cáncer, VIH y SIDA u otra de similar magnitud, determinándose la fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se tendrán en cuenta los aportes realizados al sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha y cuando la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva.

#### Séptima. Análisis del caso concreto.

7.1. El señor YY solicitó ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, afirmando haber cumplido los requisitos legalmente exigidos de pérdida de capacidad laboral en 50 % o más y 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pero Porvenir la negó al considerar que no satisfizo la cantidad de semanas cotizadas.

7.2. Con el fin de abordar el problema jurídico propuesto, es necesario examinar si procede esta acción de tutela, dirigida contra una empresa particular encargada de prestar el

servicio público de la seguridad social, debiendo observarse si es real la vulneración a tal derecho fundamental, con afectación contra el mínimo vital a partir de la pérdida de la capacidad para trabajar, impidiéndose percibir los medios económicos que posibiliten su congrua subsistencia y la de su familia.

Es claro que el señor en cuya representación fue interpuesta la acción de tutela, es sujeto de especial protección constitucional por haber perdido 68,45% de su capacidad laboral, en calificación de origen de enfermedad común y supuesta fecha de estructuración marzo 3 de 2008.

Según el resumen de su historia clínica, padece "VIH reactivo y W. Blot positivo de Enero/2008, clasificado como Inf por VIH C3, durante el transcurso de su enfermedad ha cursado con: Linfoma B de células grandes de alto grado de malignidad (junio/08) con masa en ciego, Diarrea crónica resuelta, NAC (oct/07), Sífilis, Hipotiroidismo, encefalopatía a estudio, en manejo por Neumología por cuadro de masa pulmonar Vs Infarto pulmonar por TEP, Encefalopatía" (f. 32 cd. inicial), reafirmándose aún más su manifiesta situación de debilidad y la procedencia de tutelarle sus derechos fundamentales, para dignificar su vida alejándole lo más posible del sufrimiento.

7.3. Ahora bien, la negativa de Porvenir a reconocer la pensión de invalidez, se apoyó en que el actor no habría cumplido las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, como sería entre marzo 3 de 2005 y la misma fecha de 2008.

Con el fin de aclarar los puntos divergentes entre las manifestaciones de los representantes de Porvenir y las contenidas en la demanda, fueron analizados los elementos de convicción obrantes en el expediente, hallándose a folios 36 a 42 del cuaderno inicial el historial del reporte de semanas cotizadas por el señor YY, expedido por el fondo demandado, del cual se extrae que entre marzo 3 de 2005 y marzo 3 de 2008, cotizó 291 días, que divididos por 7 arrojan un total de 41,57 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha asumida como de estructuración de la invalidez del actor, no cumpliéndose así la cantidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de invalidez.

7.4. Tal conclusión resulta, sin embargo, desproporcionada contra el actor y no se ajusta a los lineamientos jurisprudenciales constitucionales correspondientes, repercutiendo en

conculcar los derechos fundamentales invocados a favor de quien claramente es sujeto de especial protección.

Cuando un ente prestador de servicios de seguridad social, como lo es el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., demandado en el caso bajo estudio, analiza una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez reclamada por quien padezca una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, como cáncer, VIH y SIDA u otra de similar afectación, debe fijar la fecha de estructuración de la invalidez atendiendo las circunstancias reales de cuando la enfermedad se manifiesta con potencialidad de disminuir la capacidad de trabajo, según el respectivo pronunciamiento científico[15].

Es decir, para estos casos excepcionales, la fecha de la calificación de la invalidez es la que se debe tener en cuenta para contabilizar los aportes realizados y así verificar el cumplimiento de las 50 semanas exigidas, en virtud de las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó cotizando al sistema, no obstante las pesarosas circunstancias afrontadas a raíz de su enfermedad.

Además de las entidades involucradas en la concesión de la pensión de invalidez, resulta pertinente extender dicho imperativo a los jueces, en la observancia del precedente jurisprudencial referido, pues ello garantiza efectivamente la igualdad de quienes se encuentren en circunstancias manifiestas de debilidad, en las que ciertamente se halla el señor YY.

7.5. Precisado lo anterior y continuando la apreciación probatoria, se constata que el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S. A., calificó al señor YY con una pérdida de 68,45%, de origen enfermedad común, dictamen que fue expedido en octubre 9 de 2012 (fs. 34 y 35 ib.), fecha que es la que, para el caso, se debe tener en cuenta al contabilizar los aportes realizados y comprobar el cumplimiento de las 50 semanas requeridas.

Entonces, acudiendo nuevamente al historial del señor YY, presentado por Porvenir (fs. 36 a 42 ib.), se corrobora que en el período comprendido entre octubre 9 de 2009 y octubre 9 de 2012, fueron cotizados a su nombre 1.019 días, que divididos por 7, equivalen a 145,57 semanas cotizadas, cumpliéndose así ampliamente el requisito de las semanas requeridas para la pensión de invalidez pretendida.

7.6. Es del caso referir que, a pesar de las circunstancias, el actor continuó trabajando y cotizando más allá de la fecha de estructuración dada por el grupo calificador e, incluso, hasta después de que se realizó el examen de calificación, esfuerzo ingente que amerita aún más el reconocimiento.

En todo caso, no es consecuente con los criterios cardinales de un Estado social de derecho que se tome en cuenta únicamente el periodo de aportes en relación con la fecha de la aparente estructuración, como lo hicieron Porvenir y el ad quem al asumir la interpretación estrecha de los textos correspondientes de la Ley 860 de 2003, sin fundamentarse en los precedentes jurisprudenciales ni en los principios superiores de dignidad humana, igualdad, solidaridad y progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

7.7. En virtud de lo expuesto, será revocado el fallo mediante el cual fue declarada improcedente la acción de tutela en referencia, proferido en febrero 14 de 2013 por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, que en su momento revocó erradamente el dictado en enero 10 de 2013 por el Juzgado 25 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta ciudad.

En su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales del señor YY a la igualdad, la seguridad social, la salud, la vida digna y el mínimo vital y se ordenará a Porvenir S. A., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la reclamada pensión de invalidez al señor YY y empiece a pagarla en la periodicidad debida, cubriendo lo causado desde octubre 9 de 2012, fecha de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

### III. DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido en febrero 14 de 2013 por el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, que en su momento revocó el dictado en enero 10 del mismo año por el

Juzgado 25 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, habiendo el ad quem declarado improcedente la acción de tutela instaurada mediante apoderado por el señor YY, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A..

Segundo.- En lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la igualdad, la seguridad social, la salud, la vida digna y el mínimo vital del señor YY, identificado con cédula de ciudadanía N° ... de ... y, en consecuencia, se ORDENA al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la reclamada pensión de invalidez del mencionado señor y empiece a pagarla en la periodicidad debida, cubriendo lo causado desde octubre 9 de 2012, fecha de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Cópíese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

[1] La protección de la intimidad se ha efectuado por petición expresa del actor o porque la Corte advierte la necesidad de preservarla, omitiendo cualquier dato que conduzca a identificarlo. Cfr., entre otras, SU-256 de mayo 30 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-480 de septiembre 25 de 1997, SU-337 de mayo 12 de 1999 y T-618 de mayo 29 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-810 de agosto 27 de 2004, T-143 de febrero 18 de 2005 y T-302 de abril 3de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-436 de mayo 2 de 2004,

T-628 de agosto 15 de 2007, T-295 de abril 3 de 2008 y T-816 de agosto 21 de 2008, T-948 de octubre 2 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-220 de marzo 8 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-349 de mayo 5 de 2006 y T-794 de septiembre 27 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[2] Mediante sentencia T-138 de marzo 1º de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, esta corporación reiteró lo expuesto en la T-843 de septiembre 2 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, argumentando: “La protección especial a ese grupo poblacional 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.)...”.

[3] T-323 de mayo 4 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[4] Ibídem.

[5] T- 433 de mayo 30 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[6] Cfr. T-042 de febrero 10 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

[7] Cfr. T-124 de marzo 29 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1291 de diciembre 7 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-138 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-773 de septiembre 30 de 2010, T-989 de diciembre 2 de 2010, T-103 de febrero 23 de 2011 y T-188 de marzo 17 de 2011, en todas las anteriores, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[8] Cfr. T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[9] C-1056 de noviembre 11 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual se expuso: “Por lo que hace al artículo 11, no fue incluido en la ponencia para Segundo Debate en el Senado (Gaceta del Congreso N° 616), ni... fue aprobado en el Senado de la República, según el texto definitivo del proyecto publicado en la Gaceta del Congreso N° 161 de 14 de abril de 2003 pagina 5. Este artículo fue introducido... durante el debate en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes, por el representante Manuel Enríquez Rosero como Proposición Aditiva N° 22 (Cuaderno N° 4, pruebas enviadas por la Cámara de

Representantes). Es decir, el citado artículo 11 de la ley 797 de 2003, tan solo fue objeto de aprobación en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes y sobre él no se decidió ni por las Comisiones Séptimas en las sesiones conjuntas, ni tampoco por Senado de la República, no obstante lo cual fue sometido a conciliación y así se dio por aprobado en el texto de la ley..."

[10] Esta demanda atacó los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por considerar que contrariaban "el principio de progresividad contenido en el artículo 48 de la CP, al establecer unos requisitos para acceder a la pensión de invalidez más gravosos que los que exigía el artículo 39 de la Ley 100 de 1993." Además violaban "el artículo 53 de la Constitución pues la reforma se mostró regresiva frente a la protección otorgada por la legislación anterior, sin que exista un propósito constitucional importante que justifique la medida."

[11] Carga que consiste en propender hacia reformas cada vez más incluyentes y que amplíen los niveles de cobertura y calidad de la seguridad social en el país, por lo cual, en virtud de dicho principio, por lo general no pueden disminuirse derechos ganados en materia de seguridad social.

[12] Modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003; a su vez declarado inexequible parcialmente mediante sentencia C-428 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

[13] El caso concreto hace referencia a una persona con VIH y SIDA, con pérdida de capacidad laboral del 65,75% y fecha de estructuración junio 23 de 2002, que solicitó la pensión de invalidez, pero el referido fondo la negó bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez. Se consideró que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al sistema hasta completar las semanas mínimas requeridas y se definió, entonces, el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas hasta el momento en que la solicitó.

[14] "T-671 de septiembre 9 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-885 de noviembre 25 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa y T-163 de marzo 11 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa."

[15] Recuérdese que el artículo 3º del Decreto 917 de mayo 28 de 1999 dispone (en el texto

original solo está en negrilla el título): “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 ayudas diagnósticas, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación...”