

## Sentencia T-773/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Casos en que se niega pensión de invalidez por requisito de fidelidad

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional para obtener el pago cuando hay perjuicio irremediable

La Corte ha reiterado, que el amparo constitucional no procede para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social y específicamente en los casos pensionales, trátase de pensiones de vejez, de invalidez, de sobrevivientes o de una sustitución pensional, atendiendo fundamentalmente a su carácter residual y subsidiario. Sin embargo, la Corte ha dicho que, excepcionalmente, es posible reconocer esta clase de derechos por vía de tutela, no sólo cuando se ejercen como mecanismo transitorio, evento en el cual es necesario demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también, cuando el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, resulte ineficaz para el amparo del derecho fundamental invocado y, las circunstancias específicas del caso, hagan necesaria la protección inmediata en el caso concreto.

PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-Protección especial

La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado esa protección, sosteniendo que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria. Sostiene, que la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, y por ello el Estado no puede negarse a adoptar las medidas encaminadas a superar esa situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven avocadas.

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

Cuando se trata del reconocimiento de una pensión de invalidez de quien padece de una

enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se deberán 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.

PENSION DE INVALIDEZ-Tránsito normativo de requisitos para su reconocimiento

DERECHO AL MINIMO VITAL, A LA VIDA DIGNA, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Vulneración por negar reconocimiento de pensión de invalidez

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

DERECHO AL MINIMO VITAL, A LA VIDA DIGNA, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Orden al ISS reconocer pensión de invalidez

Referencia: expedientes T-3.463.370; T-3.468.793; T-3.518.312 y T-3.519.712.

Peticionarios: Acciones de tutela presentadas en forma separada por la señora Rosalba Huertas Rodríguez, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección; Albeiro Bonilla Campos contra el Fondo de Pensiones y Cesantías ING; Luis Eduardo Hurtado y Oscar Emilio Correa Guarín, contra el ISS.

Derechos fundamentales invocados: Derecho a la Seguridad Social – Derecho a la Igualdad – Derecho al Mínimo Vital – Derecho a la Vida Digna.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Luis Ernesto Vargas Silva y Alexei Egor Julio Estrada, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y

específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del proceso T-3.463.370, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Cincuenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, el 28 de marzo de 2012; del proceso T-3.468.793, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia, Quindío, del 27 de febrero de 2012, confirmado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, Quindío, del 10 de abril de 2012; del proceso T-3.518.312, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Quinto de Familia de Manizales, Caldas del 16 de febrero de 2012, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil Familia del 27 de marzo de 2012; y del proceso T-3.519.712, el fallo de tutela adoptado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín del 30 de marzo de 2012, confirmado por el Tribunal Superior de Medellín, Antioquia del 22 de mayo de 2012.

Estudiadas las sentencias de tutela correspondiente a los expedientes T-3.463.370; T-3.468.793; T-3.518.312; y T-3.519.712, escogidos para su revisión por las Salas de Selección Números Cinco y Siete, mediante Autos del 23 de mayo y 13 de julio de 2012, respectivamente, esta Sala, a través de auto del 10 de agosto de 2012, decidió acumular los procesos citados al considerar que la temática contenida en ellos es similar, lo que justifica que sean fallados en una misma sentencia por economía procesal e igualdad de materia.

## 1. ANTECEDENTES

### 1. EXPEDIENTE T-3.463.370

La señora Rosalba Huertas Rodríguez actuando a nombre propio, presentó solicitud de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, en adelante Protección S.A., invocando se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a

la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no reconocerle su pensión de invalidez.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. La señora Rosalba Huertas Rodríguez, nació el 7 de enero de 1979 y a la fecha cuenta con 33 años de edad, cotizó a Protección S.A. a partir del día 12 de enero de 2006.

1. Agrega que por lo anterior, radicó en Protección S.A. el día 10 de febrero de 2011, la solicitud de su pensión de invalidez.

1. Manifiesta que su solicitud fue remitida ante la Comisión Médico Laboral, quien le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 67.03% con fecha de estructuración de la invalidez del 22 de septiembre de 2005.

1. Asegura que según constancia de Protección S.A., cuenta con 151 semanas cotizadas, es decir, más de las 51 exigidas para acceder a la pensión de invalidez.

1. En respuesta a su solicitud de pensión, Protección S.A. le informó mediante escrito recibido el 27 de mayo de 2011, que la fecha de estructuración de la enfermedad es anterior a la afiliación al sistema, y por ello se le negó la prestación económica.

1. Ante la negativa de Protección S.A., dice que presentó recurso de reposición y apelación, y solicitó se revisara el porcentaje y la fecha de pérdida de la capacidad laboral, por lo que Protección S.A. dio traslado de ello a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

1. En el nuevo informe presentado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó un aumento en la pérdida de capacidad laboral por enfermedad de origen común en el 70.83%, pero la fecha de la estructuración fue la misma, es decir, el 22 de septiembre de 2005, por lo que Protección S.A. le comunicó mediante escrito del 5 de enero de 2012, la negativa definitiva de la pensión de invalidez.

1. Concluye que es una persona de escasos recursos económicos que tiene a su cargo una hija de 15 años y que debe asumir sola los gastos del hogar sin la ayuda de su esposo, quien al conocer de su enfermedad las abandonó, dejándola en una situación difícil tanto emocional como económicamente, puesto que no puede desempeñar ninguna actividad laboral.

1. Fundamentos y pretensiones.

La accionante solicita que se le amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, al salario mínimo vital y móvil, a la igualdad y a recibir protección laboral reforzada por su condición de discapacitada, y se le ordene a Protección S.A., que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de manera definitiva, desde la fecha en que se estructuró su incapacidad.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Cincuenta y Seis (56) Civil Municipal de Bogotá, el 15 de marzo de 2012, admitió la demanda de tutela contra Protección S.A., y vinculó a la empresa Flores La Mana, en su

calidad de empleadora y a COOMEVA E.P.S., para que se pronunciaran sobre el tema expuesto por la accionante.

1. Mediante escrito del 21 de marzo de 2012, Protección S.A. respondió que efectivamente la señora Rosalba Huertas se afilió al sistema de pensiones desde el 12 de enero de 2006 y como lo advierte la tutelante, presentó solicitud de pensión de invalidez, la cual fue negada en forma definitiva el 5 de enero de 2012, después de que fuera evaluada nuevamente por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien varió la pérdida de capacidad laboral por enfermedad de origen común a un 70.83%, pero la fecha de la estructuración fue la misma, es decir, 22 de septiembre de 2005.

Según Protección S.A., la enfermedad se generó antes de su vinculación al sistema, por lo tanto, afirma, que de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, la afiliación no es efectiva porque a esa fecha ya era “inválida”.

De otro lado aseguró, que la solicitud de la prestación subsidiaria de devolución de los saldos por no haber acreditado los requisitos para la pensión de invalidez, no es posible, por cuanto solo se reconoce ante la ausencia de los requisitos de fidelidad o semanas cotizadas establecidos en la norma citada, y que la cotizante lo que presentó “ una inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión de invalidez por no presentar una afiliación efectiva al Sistema General de Pensiones para la fecha de estructuración del estado de invalidez.”

Por último sostuvo que no se han violado los derechos invocados por la accionante dado que Protección S.A. ha cumplido conforme al procedimiento legal para el reconocimiento de las prestaciones económicas, y solicitó se declare improcedente la acción impetrada por carecer del principio de la subsidiaridad.

1. Mediante escrito del 23 de marzo de 2012, COMEVA E.P.S. S.A. manifestó que la señora Rosalba Huertas se encuentra afiliada a esa entidad de salud a partir del 22 de marzo de 2007, quien cuenta con 505 semanas de cotización al Sistema General de Seguridad Social

en Salud, y a la fecha actual se encuentra activa como cotizante con un ingreso base de \$577.000.00

Informó, que ante la solicitud del Juzgado pidió al área de Medicinal Laboral de la EPS, que se pronunciara sobre el caso de la accionante, a lo cual respondió: “Paciente conocida por medicina laboral valorada por primera vez en septiembre de 2010 con diagnóstico de lupus eritematoso sistémico en manejo por reumatología y neumología, requiriendo manejo intrahospitalario por complicaciones relacionadas con su patología de base y posterior requerimiento de oxígeno domiciliario 24 horas. Teniendo en cuenta la condición clínica de la paciente y los criterios establecidos dentro del manual único de calificación de invalidez decreto 917 de 1999, la paciente es remitida a su entidad administradora de pensiones Protección en consulta de medicina laboral del día 12 de noviembre de 2010 bajo diagnóstico de hipertensión pulmonar y enfermedad mixta del tejido conectivo con concepto no favorable de rehabilitación y solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, fecha para la cual completaba 135 días de incapacidad temporal.”

Aseguró que la entidad de salud cumplió de manera oportuna con el trámite de notificación ante el fondo de pensiones establecido por el Decreto 2463 de 2001, y es esa entidad la encargada del reconocimiento de las pensiones de invalidez de sus afiliados.

1. Por otro lado, la empresa Flores La Mana S.A.S. informó que la señora Huertas ha venido cotizando a pensiones en forma íntegra y oportuna en virtud del contrato de trabajo que tiene con la empresa. Igualmente sostuvo que la accionante ha padecido de la enfermedad de lupus, pero no conoce la fecha exacta en que comenzó a afectarse su salud.

Aclaró que la actora no percibe remuneración alguna por parte de la empresa por cuanto actualmente tiene más de 600 días de incapacidad. Por último dijo que la empresa realiza los pagos al Sistema General de Seguridad Social en forma oportuna y para el caso presente, son las entidades del sub sistema de pensiones las llamadas a responder por los riesgos de invalidez, vejez y muerte de la afiliada.

## 1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del reporte de cotización al sistema de pensiones de la señora Rosalba Huertas en Protección S.A.

1. Copia del resumen de la historia clínica de la señora Rosalba Huertas expedida por COOMEVA E.P.S.

1. Copia del resumen de la historia clínica de la señora Rosalba Huertas expedida por la Fundación Cardioinfantil.

1. Copia de la notificación que hace Protección S.A. del dictamen sobre el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la señora Rosalba Huertas, de fecha 13 de mayo de 2011.

1. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

1. Copia de la respuesta de Protección S.A., donde niega la solicitud.



## 1. Decisiones judiciales.

El Juzgado Cincuenta y Seis (56) Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo del 28 de marzo de 2012, negó la acción de tutela presentada por la señora Rosalba Huertas.

Dentro del análisis de los hechos precisó, que en el caso concreto no procede la solicitud del amparo, toda vez que lo solicitado es el reconocimiento de una prestación económica, y por lo tanto debe acudir a la justicia ordinaria para que se dirima el conflicto máxime si no se solicitó como mecanismo transitorio.

No se observa impugnación al fallo anterior.

## 1. EXPEDIENTE T-3.468.793

El señor Albeiro Bonilla Campos, a través de apoderado, presentó solicitud de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías ING, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no reconocerle su pensión de invalidez.

## 1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. El señor Albeiro Bonilla Campos nació el 15 de enero de 1962, por lo que a la fecha actual cuenta con 50 años de edad.

1. El accionante cotizó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING, en forma interrumpida desde el 1º de marzo de 2009 hasta febrero de 2012.

1. Dice el apoderado, que al accionante le fue diagnosticado "POP meningioma, hemiparesia

derecha secular” cuyo reporte médico de diagnóstico dice: “Meningioma gigante, como secuelas funcionales definitivas reporta leve hemiparesia derecha 4/5 (...) No se ha reintegrado, depende de terapias regular pronóstico (...) Movilidad de MSD comprometida (...) fuerza muscular disminuida en extremidades derechas con paresia espástica moderada.”

1. Manifiesta que mediante escrito del 11 de noviembre de 2011, le fue notificado el dictamen de calificación de invalidez por parte de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., en la cual se establece una incapacidad laboral en 55% origen de enfermedad común estructurado a partir del 12 de agosto de 2010.

1. Agrega que a raíz de lo anterior, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING su pensión de invalidez por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 69 en concordancia con los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley 100 de 1993.

1. En respuesta, el Fondo de Pensiones y Cesantías ING negó la solicitud mediante escrito del 8 de febrero de 2012, argumentando el incumplimiento del requisito de la fidelidad, al decir que “... encontramos que usted no cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que usted cotizó 36 semanas durante ese lapso.” Igualmente le informó que habilitaba a su favor la devolución de los saldos existentes en su cuenta de ahorro individual en aplicación del artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

1. Sostiene, que el accionante contaba al 11 de agosto de 2010, fecha de la estructuración, un aproximado de 72 semanas cotizadas en los últimos tres años, con una antigüedad desde el 1º de marzo de 2009 con el empleador Gestión Empresarial CTA.

1. Por último, asegura que el señor Bonilla vive solo y se encuentra en una situación precaria al no recibir el ingreso que devengaba de la empresa Gestión Empresarial CTA., y no ha podido volver a trabajar, debido a que su poca capacidad física no se lo permite y además, no cuenta con familiares que puedan ayudarlo económicamente a fin de suplir sus más mínimas necesidades.

#### 1. Fundamentos y pretensiones.

El accionante solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, al salario mínimo vital y móvil, a la igualdad y a recibir protección reforzada por su condición de discapacitado, y se le ordene a Pensiones y Cesantías ING, para que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de manera definitiva, desde la fecha en que se estructuró su incapacidad.

#### 1. Actuación procesal.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia, Quindío, admitió la tutela y solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A. y a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el apoderado del señor Albeiro Bonilla Campos. Por último solicitó al C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, para que realizara un estudio socioeconómico del accionante.

1. El Fondo de Pensiones y Cesantías ING respondió mediante escrito del 17 de febrero de 2012, manifestando que no considera vulnerado los derechos de la accionante, dado que una vez realizado el estudio de viabilidad de la pensión de invalidez solicitada, se determinó que el señor Bonilla "... no cumplió con el requisito de cobertura, pues no cotizó las semanas necesarias esto es 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, incumpliendo lo establecido en la Ley 860 de 2003 modificada

por la sentencia C-428 de 2009 proferida por la Corte Constitucional.”

Agregó, que “... dado el incumplimiento de los requisitos legales, Seguros Bolívar S.A. rechazó el pago de la suma adicional, razón por la cual no procede el reconocimiento pensional, pues tanto Seguros Bolívar S.A. e ING Pensiones y Cesantías han actuado conforme a derecho y procede a favor del accionante la DEVOLUCIÓN DE SALDOS.”

Por último explicó, que lo anterior se debió a que el afiliado no cotizó en los períodos de septiembre a diciembre de 2007 y los años 2008 y 2009, y que a pesar de cumplir con el requisito establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, no cumplió con el requisito de la fidelidad al sistema que requiere de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y tan solo cotizó 36 semanas durante ese lapso.

Por lo anterior, solicitó no tutelar los derechos pretendidos por la accionante.

1. La Compañía de Seguros S.A., mediante escrito del 22 de febrero de 2012, aclaró que el Fondo de Pensiones y Cesantías ING mantiene un contrato de seguros con Seguros Bolívar S.A., que cubre los riesgos de invalidez y sobrevivencia a través de una póliza, que tiene como cobertura los amparos de las sumas adicionales necesarias para completar el capital con que se financian las pensiones de invalidez y sobrevivencia, por riesgo común de los afiliados al fondo.

Igualmente informó que el señor Albeiro Bonilla, se encuentra vinculado a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A., desde el 28 de agosto de 2007 fecha desde la cual comenzó la cobertura de la póliza, y que una vez se analizó su historia laboral, se evidenció que “... el afiliado debe haber cotizado un mínimo de 50 semanas, se evidencia que NO fue satisfecho por el accionante, habida cuenta que entre el 12 de agosto de 2007 y el 12 de agosto de 2010, el accionante sólo cotizó un total de 42 semanas, por lo que no tiene las 50 exigidas por la norma ...”

Concluyó, una vez aclarado lo anterior, se le exonere de responsabilidad por cuanto se ha actuado de acuerdo con las normas vigentes para estos casos, y solicitó vincular a la Cooperativa Gestión Empresarial, donde el señor Bonilla se encuentra vinculado

laboralmente.

1. En atención a la solicitud presentada por la Compañía de Seguros S.A., el Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia, Quindío, decidió vincular a la Cooperativa Gestión Empresarial. En respuesta la citada empresa respondió mediante escrito del 24 de febrero de 2012, que el señor Bonilla en calidad de asociado de la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión Empresarial, suscribió un convenio de trabajo asociado con la misma, para el desarrollo de actividades varias (consejería) los fines de semana, desde el 1 de marzo de 2009, hasta la fecha presente, para lo cual se han consignado todos los aportes al sistema de seguridad social de acuerdo a los días que el asociado ha ejecutado sus labores.

Agregó, que sólo a partir del 1º de febrero de 2010 la Cooperativa tiene la capacidad económica para aportar los 30 días completos de los trabajadores asociados y de esa forma les está garantizando un ingreso sin restricciones al sistema de seguridad social integral, sin que ello implique el desarrollo de labores durante todos los días del mes, pues ellas se han dado los fines de semana. Por último, solicitó ser exonerado de responsabilidad en la negación de la pensión de invalidez del señor Bonilla.

#### 1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Albeiro Bonilla.

1. Copia del reporte de semanas cotizadas por el señor Albeiro Bonilla en pensiones, expedida por el Fondo de Pensiones y Cesantías ING.

1. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por Seguros Bolívar S.A.

1. Copia de la solicitud realizada por el señor Albeiro Bonilla al Fondo de Pensiones y Cesantías ING donde solicita su pensión de invalidez.

1. Copia de la respuesta del Fondo de Pensiones y Cesantías ING donde le niega la solicitud.

1. Copia del Derecho de petición que el señor Albeiro Bonilla presentó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING.

1. Decisiones judiciales.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia, Quindío, mediante fallo del 27 de febrero de 2009, declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Albeiro Bonilla.

1. Impugnación del fallo.

Mediante oficio del 2 de marzo de 2012, el accionante a través de apoderado, solicitó se revise la decisión anterior, toda vez que se le está exigiendo un requisito que la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 2009 declaró la inexequibilidad de la fidelidad del 20% contemplada en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por lo tanto se le impusieron condiciones más gravosas y difíciles de cumplir y que por su condición de persona inválida, merece especial protección.

1. Fallo de segunda instancia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, Quindío, mediante fallo del 10 de abril de 2012, confirma la sentencia de primera instancia por las mismas razones del a-quo.

#### 1. EXPEDIENTE T-3.518.312

Luis Eduardo Hurtado, solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, los cuales considera vulnerados por el ISS, al no reconocerle su pensión de invalidez, a la que asegura tener derecho, según los hechos que a continuación son resumidos:

##### 1. Hechos y argumentos de derecho.

1. Señala el actor que cuenta actualmente con 54 años de edad, y se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social al ISS.

1. Manifiesta que es una persona diabética y debido a ello le amputaron la pierna derecha en octubre del año 2009. Además, padece insuficiencia renal crónica desde hace más de 6 años por lo que tiene que realizarse diálisis para sobrevivir.

1. Agrega que el 31 de marzo de 2011, se le dictaminó pérdida de la capacidad laboral por enfermedad común del 67.65% con fecha de estructuración del 4 de noviembre de 2005, expedida por el ISS.

1. Indica que a raíz de lo anterior solicitó su pensión de invalidez, la cual fue rechazada por la entidad demandada mediante Resolución 2952 del 23 de agosto de 2011, le fue negada por

no cumplir con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la enfermedad, señalada el 5 de noviembre de 2005.

1. Además, dice que el ISS igualmente alegó que no se cumplía con el requisito del 20% de fidelidad al sistema, calculado entre el tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

1. Expresa que cotizó al ISS en forma ininterrumpida desde el 15 de mayo de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999, y posteriormente, desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 30 de marzo de 2008, tiempo en el cual cotizó más de 50 semanas al sistema.

1. Por último, sostiene que la negación de la pensión le ha ocasionado un perjuicio irremediable dado que por su estado delicado de salud no puede trabajar, y depende económicamente de su hijo quien hasta el momento le ha cancelado los aportes a la seguridad social en salud para poder recibir la atención que su enfermedad requiere. Agrega que para su hijo, la situación es insostenible ya que su trabajo es de taxista, por lo que en reiteradas oportunidades le ha manifestado que no puede seguir cancelando el valor mensual, pues lo que devenga apenas alcanza para su núcleo familiar por ser una persona de escasos recursos económicos.

1. Teniendo en cuenta lo anterior, y temiendo quedarse sin el servicio de salud, el accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, y en consecuencia, pide, se ordene al ISS, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho. Añade que su salud se deteriora día a día y el único medio de subsistencia sería el de su pensión de invalidez.



El Juzgado Quinto de Familia de Manizales avocó el conocimiento de la acción mediante auto del 3 de febrero de 2012 para lo cual ofició a la entidad tutelada, para que manifestara lo que considerara oportuno. El ISS, no se pronunció sobre el caso.

#### 1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del Dictamen Médico Legal, expedido por el ISS de fecha 31 de marzo de 2011, donde consta que tiene una pérdida de la capacidad laboral del 67.65% estructurada a partir del 4 de noviembre de 2005.

1. Copia de la Resolución 2952 del 23 de agosto de 2011, donde niega la solicitud del señor Luis Eduardo Hurtado, por no contar con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la enfermedad y por no cumplir con el requisito de la fidelidad al sistema. Además asegura que con anterioridad, el accionante había solicitado al ISS la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución 8190 del 18 de noviembre de 2008 al no acreditar las semanas de cotización, la cual fue apelada y resuelta con Resolución 091 del 4 de marzo de 2009 confirmando la decisión anterior. Dice que posteriormente, mediante Resolución 5622 del 12 de agosto de 2009, se le concedió la pensión sustitutiva de invalidez por riesgo común por un monto de \$1.369.931.00 y cobrado en el mes de septiembre del mismo año.

1. Copia de la Epicrisis en el servicio de nefrología de la Unidad Renal del Hospital Infantil RTS Limitada, de fechas varias desde el año 2006.

1. Copia de la evaluación médico laboral expedida por Saludcoop EPS del 5 de diciembre de 2010, donde consta el concepto de rehabilitación no favorable.

1. Copia de la Historia Clínica del señor Luis Eduardo Hurtado, de fecha 7 de marzo de 2008 y del 20 de diciembre de 2010, expedida por el Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas.

1. Copia del concepto del especialista tratante en rehabilitación integral, del 28 de enero de 2011.

1. Copia de las autorizaciones varias de servicios expedidas por Saludcoop EPS.

1. Copia de la información de semanas cotizadas expedida por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS hasta el mes de julio de 2010.

1. Decisiones judiciales.

1. El Juzgado Quinto de Familia de Manizales en sentencia proferida el 16 de febrero de 2012, negó la solicitud de amparo que invocó el tutelante, argumentando que no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez; pues, no acumuló las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad.

1. En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales – Sala de Decisión Civil Familia, el día 27 de marzo de 2012, confirmó la decisión tomada en primera instancia al considerar que existe una controversia legal sobre los requisitos exigidos por la norma que regula la materia y por lo tanto, no puede resolverse vía tutela ni siquiera como mecanismo transitorio sino a través del mecanismo judicial competente como es la jurisdicción ordinaria.

#### 1. EXPEDIENTE T-3.519.712

El señor Oscar Emilio Correa Guarín, actuando a nombre propio presentó solicitud de tutela contra el Instituto de Seguro Social – Pensiones, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital, a la acción de petición y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no reconocerle su pensión de invalidez.

#### 1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. Dice que padece de VIH diagnosticado desde el 8 de marzo de 2006, con una primera calificación A3, nuevamente calificado el 24 de junio de 2007 con VIH clase C3, y por último, la información del dictamen de pérdida de la capacidad laboral del 8 de agosto de 2011, fue determinada en un porcentaje del 55,60% por enfermedad común y con fecha de estructuración del 24 de junio de 2007.

1. Argumenta que por lo anterior solicitó al ISS- Pensiones la pensión de invalidez, la cual fue negada por la entidad demandada mediante Resolución 04547 del 28 de febrero de 2012, por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de

1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues a pesar de contar con 1.163 semanas de cotización, no acreditó las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad que exige la norma.

1. Afirma, que su salud se ha visto desmejorada y la negación de la pensión afecta sus derechos fundamentales en especial pone en riesgo su mínimo vital, y sin tener unos ingresos que le garanticen vivir con dignidad.

#### 1. Fundamentos y pretensiones.

El accionante solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, a la igualdad y a recibir protección reforzada por su condición de discapacitado, y se le ordene al ISS - Pensiones, para que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

#### 1. Actuación procesal.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, con Funciones de Conocimiento, mediante Auto del 21 de marzo de 2012, admitió la demanda y solicitó al ISS Seccional Antioquia, para que se pronunciara sobre los hechos expuestos por el señor Oscar Emilio Correa Guarín.

Mediante escrito del 26 de marzo de 2012, el ISS Seccional Antioquia, respondió que efectivamente se le negó la solicitud de pensión mediante Resolución 04547 del 28 de febrero de 2012, por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a pesar de contar con 1.163 semanas de cotización tenía cero (0) acreditadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad.

Igualmente informó, que la citada resolución fue notificada el día 6 de marzo de 2012,

quedando en firme el acto administrativo por no interponer los recursos de ley.

Agregó, que de no cumplir con los requisitos para la pensión de invalidez podría solicitar la indemnización sustitutiva de la misma prevista en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado aseguró, que la tutela se ha constituido como mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales y que solo opera cuando se encuentra frente a un perjuicio irremediable o la configuración de una vía de hecho, pues existen otros mecanismos para debatir los asuntos de carácter económico, como es la jurisdicción ordinaria.

Por último, solicitó que se le exonere de responsabilidad por cuanto no se han vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Oscar Emilio Correa Guarín.

1. Copia de la Resolución 004547 del 28 de febrero de 2012, expedida por el ISS donde niega la pensión del señor Oscar Emilio Correa Guarín.

1. Copia del reporte de cotizaciones al ISS desde el 9 de abril de 1980 hasta el 29 de febrero de 2004, donde consta que acreditó 1.156,29 semanas.

1. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por el ISS del 8 de agosto de 2011, donde se determina un porcentaje del 55,60% por enfermedad común, con fecha de estructuración del 24 de junio de 2007, donde igualmente consta que padece de VIH desde el

8 de marzo de 2006, con una primera calificación A3.

## 1. Decisiones judiciales.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, con Funciones de Conocimiento, mediante fallo del 30 de marzo de 2012, declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Oscar Emilio Correa Guarín.

Dentro del análisis de los hechos precisó, que en el caso concreto no procede la solicitud del amparo, toda vez que no es dable alegar violación a los derechos fundamentales, si se tiene en cuenta que la tutela solo procede ante la ausencia de otro mecanismo legal de defensa o se evidencia la posibilidad de un perjuicio irremediable.

De igual forma dijo, que los argumentos esbozados por el accionante son insuficientes especialmente si se tiene en cuenta que no interpuso los recursos de ley ante la decisión administrativa a través de la cual se negó la pensión de invalidez, y que no se probó el perjuicio irremediable. Por lo tanto concluyó, que debe acudir a la justicia ordinaria para que se dirima el conflicto máxime si no se solicitó como mecanismo transitorio.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Constitucional de Decisión, mediante fallo del 22 de mayo de 2012, confirmó la decisión anterior con los mismos argumentos ya expuestos.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

### 1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los hechos expuestos en el presente trámite, la Sala determinará si las entidades accionadas están vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, de los accionantes al negarles el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con el argumento de no cumplir, en uno de los casos con el requisito de la fidelidad al sistema, y otros, las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003.

Para resolver los asuntos planteados, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; (ii) los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en casos de enfermedad crónica, degenerativa o congénita, donde la pérdida de capacidad laboral es progresiva; (iii) la protección del discapacitado en el ordenamiento constitucional, frente a la exigencia de la pensión de invalidez; (iv) el tránsito normativo sobre la pensión de invalidez; (v) el régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez y requisitos legales exigidos para acceder a ella; (vi) por último se analizará el caso concreto.

#### 1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela se presenta como un mecanismo subsidiario de defensa judicial, toda vez que de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, sólo procede cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para garantizar el amparo solicitado o evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Respecto a la seguridad social, la Corte se pronunció en Sentencia T-1025 de 20051 señalando:

“Ahora bien, esta Corporación también ha establecido que, por regla general, las

controversias relacionadas con la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales y reglamentarias relacionadas con la seguridad social, no corresponden, en principio, al ámbito propio de determinación de los jueces de tutela, sino que deben ser resueltas a través de los mecanismos judiciales ordinarios que brinda el ordenamiento legal. Así, en algunos casos será necesario acudir a la justicia ordinaria laboral para que ella zanje con su decisión el conflicto planteado; en otros, en razón de la calidad de las partes o de la naturaleza de la pretensión, serán los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa los encargados de decidir en el caso concreto, salvo que, en aplicación de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la ocurrencia de un perjuicio irremediable haga necesaria la protección transitoria por vía de tutela de los derechos fundamentales del afectado”.

En relación a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela esta Corporación en Sentencia T-1309 de 20052 señaló:

“la acción de tutela como mecanismo de protección y garantía de los derechos fundamentales no es, en principio, procedente para definir controversias respecto de la titularidad de los mismos, ya que el desconocimiento o vulneración de un derecho presupone su existencia. Excepcionalmente, dichas controversias pueden dar lugar al amparo tutelar, usualmente como mecanismo transitorio de protección para evitar la configuración de un perjuicio irremediable o incluso como mecanismo definitivo en aquellos casos en los que sea posible establecer que la conducta o la omisión del accionado, y de la que resulta la controversia que debería dirimirse en la vía ordinaria, es en sí misma violatoria de los derechos fundamentales del tutelante. Pero de ordinario, en tales eventos, es claro que la protección de los derechos fundamentales pasa por la vía de los procedimientos ordinarios que se han previsto para el efecto, y en los cuales, con el respeto de las garantías propias del debido proceso, habrá de establecerse la titularidad de los derechos, determinarse si ha habido violación o desconocimiento de los mismos, y si es del caso, adoptar las medidas de protección a las que haya lugar”

Es así como la Corte ha reiterado, que el amparo constitucional no procede para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social y específicamente en los casos pensionales, trátase de pensiones de vejez, de invalidez, de sobrevivientes o de una



sustitución pensional, atendiendo fundamentalmente a su carácter residual y subsidiario. Igualmente ha señalado, que por regla general, el conocimiento de solicitudes de aspectos litigiosos de naturaleza legal y prestacional, que corresponden a la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa, escapan al ámbito del juez constitucional.

Sin embargo, la Corte ha dicho que, excepcionalmente, es posible reconocer esta clase de derechos por vía de tutela, no sólo cuando se ejercen como mecanismo transitorio, evento en el cual es necesario demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también, cuando el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, resulte ineficaz para el amparo del derecho fundamental invocado y, las circunstancias específicas del caso, hagan necesaria la protección inmediata en el caso concreto.<sup>3</sup>

Esta Corporación en Sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007,<sup>6</sup> reiteró<sup>7</sup> que es posible el amparo constitucional en forma excepcional cuando se presenten las siguientes condiciones: (i) cuando la conducta desplegada por las entidades de la administración pública responsables del reconocimiento de derechos pensionales, se muestra desde el principio como contraria a los postulados de índole legal o constitucional, al punto de configurarse una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo constitucional resulta procedente, aun cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, dado que la protección al derecho se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, segundo, en la protección de los derechos al debido proceso, a la igualdad, y al principio de dignidad humana de los afectados<sup>8</sup>; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; en este caso, para que el amparo al derecho pensional esté llamado a prosperar, es necesario demostrar que la falta de reconocimiento, pago o reajuste de esta prestación vulnere derechos fundamentales, tales como la vida, la integridad física y el mínimo vital; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

De igual forma, esta Corporación ha señalado que se debe tener en cuenta si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. Lo anterior,

por cuanto este grupo de personas tienen una incidencia directa en la evaluación del perjuicio, dado que las condiciones de competencia se ven significativamente disminuidas en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen las limitaciones física o mental, que conllevan a un tratamiento preferencial respecto a la protección de los derechos fundamentales, a fin de garantizar la igualdad material a favor de éstos.

Ha dicho la Corte,

“tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto”.<sup>9</sup>

Visto lo anterior, se concluye que para la procedencia de la acción de tutela es necesario demostrar la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados o que, de existir, carece de idoneidad; caso en el cual, el amparo constitucional se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado, para lo cual la Corte analizará las circunstancias concretas para cada caso,<sup>10</sup> teniendo en cuenta, la calidad de la persona y el tiempo de afectación al derecho vulnerado.<sup>11</sup>

1. La protección del discapacitado en el ordenamiento constitucional frente a la exigencia de la pensión de invalidez.

La Constitución Política contempla las medidas para proteger a las personas colocadas en circunstancias de indefensión.

Así, el inciso 2º y 3º del artículo 13 superior, dice:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Norma Superior establece que:

“... el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

De esa forma, el artículo 54 Superior de manera expresa señala el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, determina en su último inciso que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

La Corte Constitucional, en sentencia T-884 de 2006 resume lo relacionado con el alcance de la especial protección constitucional a favor de las personas discapacitadas.

La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado esa protección, sosteniendo que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria<sup>12</sup>. Sostiene, que la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, y por ello el Estado no puede negarse a adoptar las medidas encaminadas a superar esa situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven avocadas.

De igual forma, esta Corporación en la sentencia T-198 de 2006<sup>13</sup> especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”

De lo anterior se concluye que en el estudio del caso concreto, el Juez debe tener en cuenta las condiciones de los discapacitados.

1. Reglas constitucionales para garantizar el derecho a la pensión de invalidez en los casos de enfermedad crónica, degenerativa o congénita, cuando la pérdida de capacidad laboral es progresiva.

El régimen legal para acceder a la pensión de invalidez se encuentra prescrito en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”<sup>14</sup> La norma señala que el término para completar las 50 semanas requeridas, se cuenta a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, del momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado, que le es imposible 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. Para la Corte este tema, aparentemente técnico, no es irrelevante desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, 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 cuales 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, en donde la pérdida de capacidad laboral es progresiva.

Sobre el tema, la Corte Constitucional estudió el caso de una persona enferma de VIH-SIDA, en la sentencia T-699A de 2007,<sup>15</sup> donde sostuvo que:

“ (...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden 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.

Igualmente, en la sentencia T-710 de 2009,<sup>16</sup> esta Corporación señaló:

“(...) 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.”<sup>17</sup>

De igual forma, en la sentencia T-163 de 2011<sup>18</sup>, afirmó que:

“Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.”<sup>19</sup> Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.”

(...)

“En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar 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 una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.”

Esta posición de la Jurisprudencia constitucional, ha sido reiterada al señalar la especial protección para los enfermos de VIH,<sup>20</sup> debido a las características de esta enfermedad y a sus nefastas consecuencias, toda vez que requieren de una mayor atención por parte del Estado, para que sigan gozando del derecho a la igualdad respecto a las demás personas como también, protección especial con el fin de defender su dignidad<sup>21</sup> y evitar que sean objeto de un trato discriminatorio.

En la sentencia T-843 de 2004<sup>22</sup>, la Corte manifestó:

“...la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte<sup>23</sup>.

La protección especial a ese grupo poblacional<sup>24</sup> está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la

seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana<sup>25</sup> de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios<sup>26</sup>. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación”<sup>27</sup>.

Igualmente, en la sentencia T-262 de 2005<sup>28</sup>, se señaló:

“se ha considerado que el V.I.H.-SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.”

De esa forma, se debe tener en cuenta: (i) que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto es una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran y; (ii) que la pensión de invalidez, como expresión del derecho a la seguridad social, persigue “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud”<sup>29</sup>, esta Corporación ha considerado que dicha prestación puede ser exigida por vía de tutela.

Por esa razón, la Corte ha considerado que la omisión en el pago o reconocimiento del derecho prestacional, pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona con esta alteración a su salud<sup>30</sup>. Y por esta circunstancia ha señalado que<sup>31</sup>, “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los peticionarios en estas condiciones que acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios<sup>32</sup>”.

Teniendo en cuenta lo anteriormente visto, se concluye que, cuando se trata del reconocimiento de una pensión de invalidez de quien padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se deberán 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.

#### 1. El tránsito normativo sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 dice que se considera inválida “la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

El artículo 39 de la citada norma establecía:

“Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez

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

El artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, modificó los anteriores requisitos, así: (i) que el afiliado hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral generada por enfermedad común, (ii) que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y (iii) que su fidelidad de cotización para con el sistema sea de al menos el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de



invalidez.

Esta disposición fue declarada inexecutable por esta Corporación en sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, por vicios de procedimiento en su formación, dado que vulneraba el principio de consecutividad del trámite legislativo.

Posteriormente, los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente formulados por el artículo 1º de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, modificando así el artículo 39 de la Ley 100 de 1993:

“Artículo 1 º. 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 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.

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, 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.”

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

Parágrafo 2. 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.

Esta nueva disposición, disminuyó el porcentaje de fidelidad al sistema del 25% en la anterior norma al 20% en la nueva disposición en el 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. De igual forma, extendió el requisito de fidelidad al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo; por último, estipula que en caso que el afiliado acredite al menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, para obtener la pensión de invalidez sólo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos tres años.

No obstante lo anterior, la Corte, en Sentencia C-428 del 1 de julio de 2009<sup>34</sup> resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra este artículo por presunta violación al artículo 53 de la Carta Política, al mostrarse regresivo frente a la protección otorgada por la legislación anterior.

Dentro del análisis de la citada norma dijo:

“Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante. En la norma -numerales 1º y 2º-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas 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.”

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. (negrilla y subrayado nuestro)

(...)

En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.”

Las anteriores consideraciones, llevaron a esta Corporación a concluir la inexequibilidad del requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, por cuanto se logró demostrar su regresividad y no se encontró la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma.

## 1. SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS.

Los casos acumulados previamente expuestos, hacen referencia a situaciones en las que la entidad demandada ha negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ya sea por no cumplir con el requisito de la fidelidad al sistema, por no cumplir con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad o bien sea, que la fecha de la estructuración de la enfermedad fue anterior a la afiliación del accionante al fondo de pensiones.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala reitera que el derecho a la pensión de invalidez es una prestación que hace parte del contenido del derecho a la seguridad social, razón por la cual adquiere el carácter de derecho fundamental<sup>35</sup>.

Esta prestación económica tiene por objeto proteger a la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, y asegurarle unos ingresos para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Así mismo, es una respuesta a la obligación que nuestra Carta Magna impone al Estado, en el sentido de proteger a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como es el caso de las personas que tienen una enfermedad grave.

En consecuencia, la Sala reitera que para acceder a la pensión de invalidez el interesado sólo debe acreditar el cumplimiento de dos requisitos: (i) ser inválido, es decir, tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y (ii) haber cotizado como mínimo 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por ello, no es consecuente que los fondos de pensiones nieguen la pensión de invalidez, al exigir requisitos que por demás resultan inconstitucionales, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y las normas vigentes sobre la materia.

Hecha esta aclaración, la Sala aplicará la jurisprudencia constitucional pertinente, e indicará las medidas que se adoptarán de acuerdo con las circunstancias de cada uno de los casos que a continuación se analizan.

## 1. EXPEDIENTE T-3.463.370

Conforme ha quedado expuesto en los antecedentes, la señora Rosalba Huertas Rodríguez, con 33 años de edad, padece de la enfermedad de lupus desde hace siete años, de acuerdo con el informe médico legal presentado dentro del proceso.

La Sala observa por una parte, que ante la solicitud de la pensión de invalidez realizada por la señora Rosalba Huertas Rodríguez a Protección S.A. el día 10 de febrero de 2011, ésta fue remitida ante la Comisión Médico Laboral de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., quien le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 67.03% con fecha de estructuración de la invalidez del 22 de septiembre de 2005. Ante ello, Protección S.A. negó la pretensión al sostener que su enfermedad se generó antes de su vinculación al sistema, asegurando, que comenzó a cotizar a partir del 12 de enero de 2006, y por lo tanto, de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, la afiliación no era efectiva porque a esa fecha ya era “inválida”.

Ante la situación anterior, la accionante presentó los recursos de ley para que fuera evaluada nuevamente, y por ello, fue remitido su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, quien modificó la pérdida de capacidad laboral por enfermedad de origen común en un 70.83%, pero mantuvo la misma fecha de la estructuración, es decir, 22 de septiembre de 2005.

Razón a ello, mediante escrito del 5 de enero de 2012, Protección S.A. negó la solicitud de pensión en forma definitiva, afirmando que la cotizante lo que presenta “es una inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión de invalidez por no presentar una afiliación efectiva al Sistema General de Pensiones para la fecha de estructuración del estado de invalidez.” En este sentido, indicó que la accionante podía solicitar la prestación subsidiaria de devolución de los saldos por no haber acreditado los requisitos para la pensión de invalidez.

Por otra parte, la Sala encuentra que según la información remitida por COOMEVA EPS S.A., la señora Rosalba Huertas se encuentra afiliada a esa entidad de salud a partir del 22 de marzo de 2007, contando con 505 semanas de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y a la fecha se encuentra activa como cotizante con un ingreso base de \$577.000.00.

Por último, según la información remitida por la empresa Flores La Mana S.A.S., donde laboraba la accionante, no se conocía la fecha exacta en que comenzó a afectarse la salud de la señora Huertas, y que la empresa no le reconocía remuneración por cuanto contaba con más de 600 días de incapacidad, y asegura que en el caso presente, son las entidades del sub sistema de pensiones las llamadas a responder por los riesgos de invalidez, vejez y muerte de la afiliada.

De igual forma se encuentra probado dentro del proceso, que la empresa realiza los pagos al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales de la señora Rosalba Huertas en forma oportuna.

En única instancia, el juez negó el amparo por improcedente al estimar que existe otro medio de defensa judicial ante el cual la actora puede solicitar el derecho impetrado.

Determinado lo anterior, es necesario establecer (i) si procede la acción de tutela en el presente caso y, (ii) si Protección S.A. vulneró los derechos fundamentales de la accionante.

#### 1. Procedencia de la acción de tutela.

De acuerdo con el precedente jurisprudencial citado, la Corte encuentra que, contrario a lo que sostiene el juez de instancia, la acción de tutela sí es procedente en el presente caso como mecanismo idóneo para la defensa de sus derechos fundamentales, por las siguientes razones:

Esta Corporación ha establecido en reiteradas ocasiones la improcedencia de la acción de tutela para reclamar pensiones, puesto que existen otros medios de defensa judicial a los

cuales el actor puede acudir ante la jurisdicción ordinaria; no obstante, excepcionalmente es aceptada la viabilidad del amparo, cuando se establece que aquellos medios de defensa no son idóneos o que se requiere la urgente intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En el proceso que se revisa, se encuentra probado que la señora Rosalba Huertas padece de una enfermedad llamada lupus de carácter progresivo y degenerativo que ha afectado tanto su vida laboral y como la cotidiana en forma paulatina, al punto de estar incapacitada en forma permanente por más de dos años, ante la imposibilidad de trabajar, hecho que resulta apremiante por cuanto no ha recibido sueldo ni se le han cancelado las incapacidades.

Igualmente se tiene que la accionante es una persona de escasos recursos económicos que tiene que velar por su hija de 15 años y asumir sola los gastos del hogar sin la ayuda de su esposo, quien al conocer de su enfermedad las abandonó, dejándola en una situación difícil puesto que no puede desempeñar ninguna actividad laboral.

Para la Sala es evidente, que la accionante se encuentra en una situación de vulnerabilidad, afectando el mínimo vital, la vida en condiciones dignas, y que además por su grave estado de salud la tutelante requiere de una especial protección por parte del Estado. En razón a todo lo anterior, se concluye, que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para evitar que la vulneración persista.

#### 1. Vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

En el presente caso, la señora Rosalba Huertas presentó acción de tutela con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, los cuales considera vulnerados por Protección S.A. al no reconocerle y pagarle la pensión de invalidez, con el argumento de que su afiliación no era efectiva porque a la fecha de estructuración de la enfermedad, es decir, 22 de septiembre de 2005, ya era “inválida”, y la actora comenzó a cotizar a partir del 12 de enero de 2006.

La jurisprudencia de esta Corporación se ha pronunciado en varias ocasiones en materia de protección de los derechos constitucionales de las personas que padecen enfermedades

cuyas patologías se van manifestando a través del tiempo, ocasionando un deterioro en su salud mermando sus capacidades funcionales en forma progresiva, y que a pesar de continuar laborando, se le ha fijado una fecha de estructuración anterior a la fecha real en que dejó de laborar.

Es el caso estudiado en la sentencia T-699A de 2007, donde la Corte Constitucional analizó el caso de un enfermo de SIDA, que había cotizado al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez. En ella dijo:

“(...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden 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 este sentido observa la Sala, que a la señora Huertas se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral el día 10 de febrero de 2011, con un porcentaje del 67.03% determinada la invalidez a partir del 22 de septiembre de 2005, y posteriormente modificada en un 70.83% con la misma fecha de estructuración.

Con todo, a pesar del carácter progresivo de la enfermedad que padece la señora Rosalba Huertas, se advierte que ésta conservó sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por tres años aproximadamente, desde que comenzó a cotizar en enero de 2006, demostrando con ello, que a pesar de sus manifestaciones clínicas se mantuvo activa laboralmente, y solo ante el progreso de la enfermedad se produjeron las incapacidades en forma permanente por lo que se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida

de capacidad laboral el día 12 de noviembre de 2010, fecha para la cual completaba 135 días de incapacidad. Fue en esa fecha, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, es decir el 22 de septiembre de 2005, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.

Al respecto, esta Corporación en sentencia T-147 de 201236 expresó:

“Esta afirmación no es acorde con los principios y criterios constitucionales establecidos por la jurisprudencia reciente, toda vez que se ha dicho que la fecha de estructuración de la invalidez en ciertas ocasiones resulta no ser cierta puesto que el trabajador continúa laboralmente activo y cotizando al régimen pensional, razón por la cual las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración deben ser tenidas en cuenta para efectos de la pensión, puesto que existen enfermedades degenerativas que con el tiempo van mermando paulatinamente, la capacidad laboral. No siempre al momento de dictaminarse la enfermedad, el paciente pierde su capacidad para laborar, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le sea imposible continuar cotizando al sistema.”

De igual manera, en sentencia T- 885 de 201137 se estudió el caso de un hombre que padecía desde 1998 de VIH, pero continuó laborando hasta comienzos de 2009 porque su enfermedad se lo permitió. En este año solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y el ISS se negó a pagársela argumentando que el actor, para el 24 de noviembre de 1998, fecha a partir de la cual se entendió estructurada la invalidez, no tenía semanas cotizadas, y conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 necesitaba acreditar para esa fecha 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

De lo anterior la Sala concluye que en el presente caso, la señora Rosalba Huertas a pesar de padecer una enfermedad progresiva, pudo seguir laborando hasta que su estado de salud se lo permitió, y por lo tanto, la fecha de estructuración de la invalidez no debe ser el momento en que se manifestó por primera vez la enfermedad, puesto que esto constituye una vulneración al derecho fundamental a la seguridad social de la tutelante, sino la fecha en que fue evaluada su capacidad laboral por primera vez, es decir el día 12 de noviembre de 2010.



En consecuencia, es desde ese momento en que la entidad encargada de otorgar la prestación económica debe verificar si la accionante cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Con relación a este requisito, encuentra la Sala que de las pruebas aportadas en sede de revisión es posible concluir que el actor cuenta con más de las 50 semanas cotizadas exigidas en la norma citada en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En efecto, de las pruebas que obran en el expediente (Folios 1 y ss.), se encuentra acreditado que la accionante reporta el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones desde enero de 2006 hasta noviembre de 2010, de lo cual, a enero de 2009 había cotizado 1.062 días al sistema equivalentes a 151.71 semanas cotizadas.

Adicionalmente se observa, que la empresa Flores La Mana S.A.S., le realizó aportes a la actora desde septiembre de 2011 hasta marzo de 2012 (Folio 134), es decir que cotizó los seis meses posteriores a la fecha en que se evaluó el estado de la invalidez.

Esta Corporación en Sentencia T-268 de 201139, señaló que respecto al pago de aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, la obligación de las entidades administradoras del sistema es tenerlas en cuenta:

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

Luego de analizar las pruebas aportadas, es posible determinar que los aportes realizados por la actora dentro del período requerido sobrepasan el requisito exigido en la ley.

Junto a lo anterior, se debe recordar que en el presente caso se encuentran acreditadas las

condiciones específicas a las que se encuentra sometida la accionante, su enfermedad, la degradación física e invalidez a la que la va sometiendo, al igual que las consecuencias nefastas para su supervivencia, las cuales bien pudieron haberse tenido en cuenta por la administradora de pensiones, en el marco de su calidad de prestador de un servicio público, relacionado con un derecho social fundamental irrenunciable, como es la pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se concederá el amparo solicitado en la presente acción de tutela y, por tanto, la Sala revocará el fallo de instancia, disponiendo que PROTECCION S.A., dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a la señora Rosalba Huertas Rodríguez, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que fue evaluada su capacidad laboral por primera vez, es decir, el día 12 de noviembre de 2010.

#### 1. EXPEDIENTE T-3.468.793

En el presente caso, el asunto objeto de revisión se refiere a la negativa para conceder la pensión de invalidez bajo el único argumento de no cumplir el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración del estado de invalidez, a fin de obtener el derecho a la pensión, de conformidad a la exigencia fijada en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

El señor Albeiro Bonilla Campos, actualmente cuenta con 50 años de edad, y cotizó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING. en forma ininterrumpida desde el 1º de marzo de 2009, hasta febrero de 2012, cuando se dio por terminado el contrato de trabajo por parte de la empresa Gestión Empresarial CTA.

Se encuentra probado en el proceso, que el día 3 de agosto de 2010 se le practicó resonancia magnética cerebral simple, la cual reportó “gran masa extraaxial en la convexidad frontoparietal alta izquierda que por sus características pareciera corresponder a meningioma” con 9 meses de evolución, y se recomendó remitir a neurocirugía. El 12 de agosto de 2010, con diagnóstico de meningioma, se le realizó procedimiento quirúrgico de

embolización para cateterismo de arterias intracraneanas. El anterior procedimiento ha dejado secuelas funcionales definitivas reportando hemiparesia derecha secular, enfermedad que afectó su movilidad y fuerza muscular en la extremidad superior derecha. Pese a ello, no se le autorizaron más incapacidades y se ordenó su reintegro laboral.

A raíz de las complicaciones posteriores, la aseguradora decide remitirlo para la evaluación clínica y funcional. El día 11 de noviembre de 2011, fue calificado por la Compañía Aseguradora de Seguros Bolívar S.A., con una pérdida de capacidad laboral del 55%, por enfermedad común con fecha de estructuración del 12 de agosto de 2010, fecha en que se realizó el procedimiento quirúrgico.

Bajo estas circunstancias, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING, el trámite de su pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante escrito del 8 de febrero de 2012, por cuanto no cumplía lo establecido en el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, dado que la solicitante solo cotizó 36 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.

#### 1. Procedencia de la acción de tutela.

Como ya se dijo en el caso anterior, esta Corporación ha reiterado la improcedencia de la acción de tutela para reclamar pensiones, puesto que existen otros medios de defensa judicial a los cuales el actor puede acudir, salvo que existiendo otro mecanismo de defensa judicial, éste no resulte eficaz<sup>40</sup> o que se acuda a la tutela para evitar un perjuicio irremediable, y que el accionante sea sujeto de especial protección constitucional.

Por lo tanto, en virtud de la condición de sujeto de especial protección constitucional del señor Bonilla y, ante la urgencia de proteger su vida y su mínimo vital, la acción de tutela constituye un mecanismo idóneo para el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y al mínimo vital.

#### 1. Vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Determinado lo anterior, es necesario establecer, si la negativa del Fondo de Pensiones y Cesantías ING, para reconocer la pensión de invalidez solicitada por el señor Albeiro Bonilla Campos, al no cumplir los requisitos señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es decir las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, reportando solo 36 semanas, viola los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y al mínimo vital del actor. Esto a pesar de que el accionante asegura que ha cotizado 72 semanas dentro del término señalado por la ley.

Con todo, se advierte que el señor Bonilla después de la fecha de estructuración fijada el 12 de agosto de 2010, pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por más de un año. 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 el día 11 de noviembre de 2011. Y fue en este momento, cuando el fondo de pensiones fijó una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.

Como ya se dijo en el caso anterior, la fecha de estructuración de la invalidez en ciertas ocasiones resulta no ser cierta puesto que el trabajador continúa laboralmente activo y cotizando al régimen pensional, razón por la cual las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración deben ser tenidas en cuenta para efectos de la pensión, dado que en algunos casos la enfermedad va mermando la capacidad laboral de la persona en forma paulatina, hasta el momento en que por su condición de salud le sea imposible continuar cotizando al sistema.

Ahora bien, como se puede evidenciar la entidad accionada tomó como fecha de estructuración de la invalidez del 12 de agosto de 2010, cuando se realizó el procedimiento quirúrgico, sin tener en cuenta que el actor continuó laborando y aportando al sistema. Solo hasta el día 11 de noviembre de 2011, a raíz de las complicaciones posteriores, se le realizó la evaluación clínica y funcional, que arrojó el resultado ya citado.

Para la Sala los hechos narrados evidencian una vulneración al derecho fundamental del

señor Bonilla, razón por la cual, tomará, de acuerdo con los precedentes expuestos, el día 11 de noviembre de 2011 como fecha de estructuración, dado que fue en esta fecha en que se emitió el dictamen de calificación de la invalidez del accionante.

En consecuencia, es desde ese momento en que la entidad encargada de otorgar la prestación económica debe verificar si el cotizante cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Con relación a este requisito, encuentra la Sala que a pesar de las pruebas aportadas en sede de revisión es posible concluir que el actor contaba con más de 72 semanas cotizadas puesto que realizó sus aportes desde el 1º de marzo de 2009 hasta la fecha de la calificación de la invalidez fijada el 11 de noviembre de 2011.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo que negó el amparo pedido por el señor Albeiro Bonilla Campos contra el Fondo de Pensiones y Cesantías ING, proferido el 7 de febrero de 2012 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia, Quindío, y el fallo de segunda instancia expedido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, Quindío del 10 de abril de 2012.

En su lugar, ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías ING, para que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la pensión de invalidez al señor Albeiro Bonilla Campos.

## 1. EXPEDIENTE T-3.518.312

El señor Luis Eduardo Hurtado, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por Instituto de Seguros Sociales como consecuencia de no haberle reconocido la pensión de invalidez a la que, según afirma tiene derecho.

La entidad demandada negó dicha prestación social bajo el argumento de no contar con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la

estructuración de la enfermedad, y además, que no se cumplía con el requisito del 20% de fidelidad al sistema, calculado entre el tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Dentro de las pruebas que se aportaron se encuentra, que el accionante cuenta con 54 años de edad, y padece de diabetes. Como consecuencia de esta enfermedad, le amputaron la pierna derecha en octubre del año 2009. Además, padece insuficiencia renal crónica desde hace más de 6 años por lo que tiene que realizarse diálisis para sobrevivir.

En efecto, según la información contenida en el expediente y el material probatorio allí existente, el accionante cotizó al ISS en forma ininterrumpida desde 15 de mayo de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999 y posteriormente, desde el 1º de febrero de 2007 hasta el 30 de marzo de 2008, tiempo durante el cual cotizó más de 50 semanas al sistema.

Según resolución emitida por el ente demandado, se advierte que el accionante fue calificado el 31 de marzo de 2011 por el ISS, con un dictamen de pérdida de la capacidad laboral del 67.65% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 4 de noviembre de 2005.

Sin embargo, la citada resolución afirma que el día 30 de mayo de 2008, el señor Luis Eduardo Hurtado solicitó al ISS su pensión de invalidez al considerar que cumplía con los requisitos para ello, la cual fue negada mediante Resolución 8190 del 18 de noviembre de 2008, por no acreditar el número de semanas ni la fidelidad al sistema. Posteriormente, la Resolución 091 del 4 de marzo de 2009, al desatar el recurso de apelación, confirma la decisión inicial. Igualmente la resolución del ISS, concede la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, la cual fue cancelada en noviembre de 2009.

Así las cosas, la Sala procederá a determinar en (i) procedencia de la acción de tutela; (ii) se analizará el requisito de la fidelidad al sistema de pensiones; y (iii) si el ISS vulneró los derechos fundamentales del accionante al negarle el reconocimiento de su pensión de invalidez.

1. Respecto a la procedibilidad de la tutela, la Sala encuentra que el señor Luis Eduardo

Hurtado, recurrió a éste mecanismo como quiera que, si bien la vía ordinaria laboral era la vía idónea para solicitar la pensión de invalidez, por padecer de una enfermedad catastrófica, la tutela se configura como el medio judicial eficaz para proteger sus derechos fundamentales, hecho que permite presumir que su mínimo vital está afectado, dada su delicada condición de salud. De lo anterior se concluye, que el accionante demanda una medida de protección urgente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, debido a que por su enfermedad, no puede volver a trabajar, sumado a que es una persona carente de recursos para su subsistencia, quien depende económicamente de su hijo, quien apenas genera ingreso para mantener a su núcleo familiar.

Esta situación coloca a la demandante en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad evidente, frente al cual los medios ordinarios de defensa no son lo suficientemente expeditos y oportunos para atender la afectación del mínimo vital.

1. Ahora bien, el accionante comenzó a cotizar al ISS en forma ininterrumpida desde 15 de mayo de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999 y posteriormente, desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 30 de marzo de 2008, sin embargo, el ISS le negó la pensión con el argumento de no cumplir con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de la enfermedad, y además, por no cumplir con el requisito de fidelidad de aportes al Sistema General de Pensiones, del 20% que establecía en la norma.

Sobre esto último, la Corte al estudiar una demanda de constitucionalidad, declaró la inexecutable del requisito de fidelidad que estaba contenido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en la sentencia C-428 de 2009<sup>41</sup>. De esa forma, el juez constitucional debía proferir la interpretación más garantista del derecho a la pensión de invalidez de los afiliados “(...) de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos.”<sup>42</sup>

En este orden de ideas, no es válida la exigencia que el ISS le hace al accionante sobre el tema.

1. Es evidente que de las pruebas aportadas, y de conformidad a la Resolución 2952 de 2011 expedida por el ISS, el señor Luis Eduardo Hurtado, el día 30 de mayo de 2008, ya había solicitado su pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución 8190 del 18 de noviembre de 2008, por no acreditar el número de semanas ni la fidelidad al sistema. Posteriormente, la Resolución 091 del 4 de marzo de 2009, al desatar el recurso de apelación, confirmó la decisión inicial. Además, el ISS concede la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, la cual fue cancelada en noviembre de 2009.

En la citada Resolución se dijo: “Que el día (30) de mayo de 2008, al Instituto de Seguro Social Seccional Caldas se presentó a reclamar la prestación económica de pensión por invalidez por riesgo común el señor LUIS EDUARDO HURTADO (...) Que mediante Resolución 8190 del 18 de noviembre de 2008, el ISS negó la pensión de invalidez por riesgo común al señor LUIS EDUARDO HURTADO, por no acreditar el número de semanas ni la fidelidad al sistema.”

Para el análisis del presente caso, es preciso traer a colación lo dicho por esta Corporación en sentencia T-1160 de 2001<sup>43</sup> donde ha reiterado que una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada. Señala también, que quien ha perdido su capacidad laboral, entendida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten desarrollar un trabajo habitual y percibir por el mismo una retribución económica, no podrá en consecuencia seguir cotizando al sistema general de seguridad social, ni en salud ni en pensiones.

De igual forma, afirma la sentencia citada que, salvo que exista una prueba concreta de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez de una persona suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones de más mientras se produce tal calificación.

Con base en lo anterior, la Sala observa que la posición asumida por el Seguro Social en el



caso del señor Luis Eduardo Hurtado, desconoce ilegítimamente sus derechos fundamentales y lo expone a una situación tan grave como insostenible, si se tiene en cuenta que desde el día 30 de mayo de 2008, solicitó su pensión de invalidez al considerar que cumplía con los requisitos para ello.

Para la Sala es evidente que el señor Hurtado padece de una enfermedad degenerativa, por lo tanto que: (i) no se podría saber con exactitud en que fecha se configuró la invalidez, y (ii) es razonable que se tenga como fecha de la misma el día que solicitó por primera vez su pensión de invalidez, porque se presume que a partir de ese tiempo no podía trabajar.

Efectivamente, no puede desconocer la Sala que el accionante para esa fecha realizó al ISS una solicitud de pensión de invalidez la cual no fue desvirtuada por la entidad demandada, sino que fue rechazada por no acreditar el número de semanas ni la fidelidad al sistema. Ante eso, la accionada desconoció el precedente jurisprudencial, si se tiene en cuenta que la Resolución 2952 de 2011 expedida por el ISS, no tuvo en cuenta que ya a 2008, el señor Hurtado era una persona inválida que no podía seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución de sus capacidades para realizar trabajo alguno, más cuando la enfermedad que padece es progresiva y catastrófica al punto que en el año 2009 le fue amputada una pierna como consecuencia de ella.

Por tal motivo, será revocada la sentencia proferida el 27 de marzo de 2012 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales – Sala Civil Familia, que en su momento confirmó el fallo dictado 16 de febrero de 2012, por el Juzgado Quinto de Familia de la misma ciudad.

En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, ordenándose al Instituto de Seguro Social que, si aún no lo ha efectuado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al señor Luis Eduardo Hurtado, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que se realizó la solicitud de la pensión, es decir, el día 30 de mayo de 2008.

Teniendo en cuenta lo anterior y como quiera que el ISS reconoció y canceló la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez al accionante, deberá de común acuerdo

deducir de la pensión de invalidez, el monto pagado por ese concepto.

## 1. EXPEDIENTE T-3.519.712

Conforme ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente providencia, el señor Oscar Emilio Correa Guarín, instauró acción de tutela contra el ISS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al debido proceso, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la igualdad.

La Sala observa de las pruebas aportadas, que el actor se afilió al sistema de seguridad social en salud, en abril de 1980 y dejó de cotizar al mismo a partir de febrero de 2004, para un total de 1.156,29 semanas.

Igualmente, se encuentra probado que fue diagnosticado de VIH positivo el día 8 de marzo de 2006 con una calificación de A3 y nuevamente, el 24 de junio de 2007 con VIH clase C3. Debido a ello, fue valorado el día 8 de agosto de 2011 con una pérdida de capacidad laboral del 55,60% por enfermedad común y se fijó una fecha de estructuración el 24 de junio de 2007.

Ante ello solicitó al ISS-pensiones, para que se le reconociera y pagara la pensión de invalidez, la cual le fue negada por no cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al no acreditar las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad que exige la norma.

En el expediente se encuentra demostrado, que el actor padece de VIH-SIDA por lo que su salud se ha visto desmejorada notablemente con el paso del tiempo, y ante la negación de la pensión, sus derechos fundamentales se han visto afectados, en especial se pone en riesgo su mínimo vital al no tener unos ingresos que le garanticen vivir con dignidad y al no poder realizar trabajo alguno su subsistencia ha dependido de la ayuda de familiares.

La entidad accionada sostiene, que la pensión de invalidez que el señor Oscar Emilio Correa Guarín solicita, no es procedente por existir otro medio de defensa judicial para reclamarla, y además, porque el actor no cumplió con los requisitos señalados en los artículos 38 y 39 de

la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, para generar el derecho a la pensión. Por último afirma, que el acto administrativo quedó en firme el 6 de marzo de 2012, al no interponerse los recursos de ley.

Los jueces de tutela, tanto de primera como de segunda instancia, despachan desfavorablemente la solicitud de tutela reclamada, por estimar que existe otro mecanismo de defensa judicial ante el cual el actor puede solicitar el derecho impetrado.

Así las cosas, la Sala procederá a determinar: primero, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez; segundo, la norma aplicable al caso; y tercero, si el ISS vulneró los derechos fundamentales del accionante al negarle el reconocimiento de dicha prestación pese a que la persona padece una enfermedad catastrófica.

#### 1. Procedencia de la acción de tutela.

Para el caso concreto y de acuerdo con el presedente jurisprudencial citado, la Sala encuentra que el señor Oscar Emilio Correa Guarín, padece de una enfermedad catastrófica que demanda una medida de protección urgente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que no se le ha reconocido prestación económica alguna, y por la enfermedad que padece, coloca a demandante en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad evidente.

De esa forma, la Sala difiere del criterio de los jueces de instancia y considera que la acción de tutela es procedente como el mecanismo idóneo para la defensa de su pretendido derecho a la pensión de invalidez.

#### 1. Normas aplicables al caso concreto.

La jurisprudencia constitucional<sup>44</sup> ha reiterado que al estudiar la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad catastrófica, deberá en primer lugar, tomar la fecha de estructuración, la misma cuando se haya perdido

de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50%; y en segundo lugar, verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.

En este orden de ideas, la resolución expedida por el ISS-Pensiones tomó como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el 24 de junio de 2007, con un porcentaje del 55,60% por enfermedad común.

En consecuencia, se tendrá como norma aplicable el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por cuanto era la norma vigente al momento en que el señor Oscar Emilio Correa Guarín, le fue diagnosticado la pérdida de capacidad laboral de forma definitiva y permanente.

De esa forma, es a partir de este momento en que se tiene que verificar si el accionante cumple con los requisitos establecidos en la norma citada que establece que la persona haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración

De la historia laboral del actor la Sala encuentra que reporta el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones de la siguiente manera:

empleador

Desde

hasta

Semanas cotizadas

Tejidos Mirage Ltda.

24/02/1991

567,71

Tejidos Mirage Ltda.

19/03/1991

23/12/1991

40,0

Tejidos Mirage Ltda.

24/01/1992

09/12/1992

45,86

Tejidos Mirage Ltda.

22/01/1993

07/12/1993

45,71

Tejidos Mirage Ltda.

20/01/1994

20/12/1994

47,86

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/1995

31/01/1995

3,14

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/1995

28/02/1995

4,29

Tejidos Mirage Ltda.

01/03/1995

30/11/1995

38,57

Tejidos Mirage Ltda.

01/12/1995

31/12/1995

1,43

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/1996

31/01/1996

0

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/1996

31/11/1996

42,86

Tejidos Mirage Ltda.

01/12/1996

31/12/1996

2,14

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/1997

31/01/1997

4,29

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/1997

30/11/1997

Tejidos Mirage Ltda.

01/12/1997

31/12/1997

2,00

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/1998

31/01/1998

4,29

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/1998

30/11/1998

42,86

Tejidos Mirage Ltda.

01/12/1998

31/12/1998

1,86

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/1999

31/01/1999

4,29

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/1999

30/11/1999

35,43

01/12/1999

31/12/1999

1,712

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/2000



31/01/2000

3,14

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/2000

30/09/2000

33,71

Tejidos Mirage Ltda.

01/10/2000

31/10/2000

0

Tejidos Mirage Ltda.

01/11/2000

30/11/2000

4,14

Tejidos Mirage Ltda.

01/12/2000

31/12/2000

2,43

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/2001

31/01/2001

3,29

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/2001

41,86

Tejidos Mirage Ltda.

01/12/2001

31/12/2001

2,29

Tejidos Mirage Ltda.

01/01/2002

31/01/2002

2,71

Tejidos Mirage Ltda.

01/02/2002

31/08/2002

28,43

Creaciones Casty

01/09/2002

30/09/2002

2,00

Creaciones Casty

01/10/2002

30/11/2002

8,29

Mediplast Ltda.

01/12/2002

31/12/2002

0

Creaciones Casty

01/12/2002

31/12/2002

1,14

Mediplast Ltda.

01/01/2003

31/01/2003

0

Creaciones Casty

01/01/2003

2,86

Medioplast Ltda.

01/02/2003

28/02/2003

0

Creaciones Casty

01/02/2003

28/02/2003

4,14

Creaciones Casty

01/03/2004

30/09/2003

29,14

Creaciones Casty

01/11/2003

31/11/2003

3,86

Creaciones Casty

01/01/2004

31/01/2004

1,86

Creaciones Casty

01/02/2004

29/02/2004

1,86

TOTAL SEMANAS COTIZADOS - 1.156,29

Tampoco encuentra la Sala, que el accionante se encuentra cobijado bajo el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que dispone que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de su invalidez.

#### 1. Vulneración de los derechos fundamentales.

Una vez que se ha verificado el cumplimiento pleno de los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento, la Sala determinará si la entidad demandada con la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez violó los derechos fundamentales del actor.

En el caso que se analiza, se puede advertir que el accionante, si bien presenta una situación precaria tanto en su salud como en la parte económica, el incumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento pensional por invalidez, hace inviable la prosperidad de la tutela.

Tal como lo advirtió el a quo, no existe duda que dentro del expediente se aportaron copias del reporte expedido por el ISS de las semanas cotizadas, que comprende un período, desde abril de 1980 hasta febrero de 2004, en las que claramente se señala las semanas cotizadas al sistema de seguridad social, correspondiente a un total de 1.156,29.

Igualmente, en el caso presente el único requisito por el cual se negó la pensión de invalidez, fue el de las semanas de cotización al sistema previo a ella, puesto que no cuenta con las cincuenta semanas requeridas por la norma, y que para lo que en este caso interesa, según

el reporte del ISS corresponden a 0 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la enfermedad, la cual se fijó 24 de junio de 2007. Es decir, su última cotización se efectuó desde el 1º de enero de 2004 hasta el 29 de febrero del mismo año, término que no alcanza al exigido por la Ley 860 de 2003.

Visto lo anterior, se concluye que si bien existen situaciones excepcionales, la viabilidad de la acción estará sujeta a que se encuentren probados los elementos que lo caracterizan, como su inminencia, gravedad, impostergabilidad y la necesidad de tomar medidas urgentes, pero además se requiere que se encuentren cumplidos los requisitos legalmente establecidos, para que se pueda obtener el reconocimiento pensional.

Con base en estas consideraciones, queda demostrado que el señor Oscar Emilio Correa Guarín, no cumple con el requisito de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración de su invalidez, razón por la cual y con base en los anteriores argumentos esta Sala confirmará el fallo del Juzgado Cuarto del Circuito Especializado de Medellín del 30 de marzo de 2012, confirmado por el fallo expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Constitucional, del 22 de mayo del mismo año.

Ahora Bien, la Sala advierte al accionante sobre las alternativas legales que le asisten al no cumplir con las exigencias para acceder a la prestación solicitada, como lo dispone la Ley 100 de 1993 en su artículo 72:

“DEVOLUCIÓN DE SALDOS POR INVALIDEZ. Cuando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.

No obstante, el afiliado podrá mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez.”

En efecto, la Corte ha dicho que una persona en situación de vulnerabilidad que no cumple con los requisitos dispuestos por la Ley para acceder al reconocimiento de la pensión de

invalidez, tiene derecho a que se le conceda la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. Este derecho es predicable tanto de quienes se han invalidado pero no reúnen las condiciones para pensionarse por invalidez, como de quienes cumplen la edad pero no satisfacen todos los requerimientos legales ajustados a la Constitución para pensionarse por vejez y lo correspondiente para quienes aspiran a recibir la pensión de sobrevivientes.

En sentencia T-286 de 2008<sup>45</sup>, la Corte indicó:

“el derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Así, la indemnización sustitutiva, solo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien, como se anotó, puede libremente optar bien por elevar el requerimiento para el reconocimiento de esta prestación, o bien por continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez”.

Por lo anterior, y considerando que el señor Oscar Emilio Correa Guarín, se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta como consecuencia de su estado de invalidez y su precaria situación económica, se advertirá al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que en caso de que la accionante lo solicite, deberá expedir la resolución correspondiente al reconocimiento de su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, con fundamento en las normas anteriormente citadas.

Igualmente, se requerirá al Ministerio de Salud, Grupo de Discapacidad para que informe el señor Oscar Emilio Correa Guarín, de los programas especiales ofrecidos por el Gobierno dirigidos a asesorar y ayudar a las personas colocadas en situación de discapacidad.

De los anteriores planteamientos y en la medida en que el accionante no reúne los requisitos de ley para obtener el reconocimiento pensional por invalidez, esta Sala de Revisión no puede decidir positivamente y confirmará los fallos de instancia.

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

## 1. DECISIÓN

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

### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de marzo de 2012, por el Juzgado Cincuenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, en el Juzgado Octavo Penal Municipal de Garantías de Bucaramanga, en el proceso adelantado por la señora Rosalba Huertas Rodríguez, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., (expediente T-3.463.370) y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana de la accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca la pensión de invalidez a la señora Rosalba Huertas Rodríguez, desde cuando se hizo la solicitud de su reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

TERCERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de abril de 2012, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, Quindío, que confirmó la decisión expedida el 27 de febrero de 2012, por el Juzgado Segundo Penal Municipal de la misma ciudad, en el proceso adelantado por el señor Albeiro Bonilla Campos, contra el Fondo de Pensiones y Cesantías ING (expediente T-3.468.793) y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana del accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: En consecuencia, ORDENAR al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías ING, o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca la pensión de invalidez del señor Albeiro Bonilla Campos, desde cuando se hizo la solicitud de su



reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

QUINTO: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de marzo de 2012, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de decisión Civil Familia, de Manizales, que confirmó la decisión expedida el 16 de febrero de 2012, por el Juzgado Quinto de Familia de la misma ciudad, en el proceso adelantado por el señor Luis Eduardo Hurtado, contra el Fondo de Pensiones del Instituto de Seguro Social (expediente T-3.518.312) y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana del accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: En consecuencia, ORDENAR al representante legal del Fondo de Pensiones del Instituto de Seguro Social, o quien haga sus veces, que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca la pensión de invalidez del señor Luis Eduardo Hurtado, desde cuando se hizo la solicitud de su reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

SEPTIMO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto del Circuito Especializado de Medellín del 30 de marzo de 2012, confirmado por el fallo expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Constitucional, del 22 de mayo del mismo año, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Oscar Emilio Correa Guarín, por las consideraciones antes expuestas.

OCTAVO: Advertir al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que en caso de que el señor Oscar Emilio Correa Guarín lo solicite, deberá expedir de manera inmediata la resolución correspondiente al reconocimiento de su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993 y las demás disposiciones aplicables.

NOVENO: Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 MP. Rodrigo Escobar Gil

2 MP. Rodrigo Escobar Gil

3 Sentencia T-877 del 26 de octubre de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Sentencia T-489 del 9 de julio de 1999, MP. María Victoria Sáchica.

5 Sentencia T-672 del 13 de noviembre de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara.

7 Sentencias T-454-04; T-425-04; T-050-04; T-660-99 entre otras.

8 Sentencia T-529 del 6 de agosto de 2009 MP. Humberto Sierra Porto.

9 Ibídem.

10 Ver ejemplo sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño.

11 Sobre el perjuicio irremediable, ver sentencias T-1316 de 2001, T-225 de 1993.

12 Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-378 de 1997.

13 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 En la sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo, con Salvamento Parcial de Voto Parcial de los Magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte declaró la inexecutable de la norma que exigía 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, por ser un requisito regresivo que imponía condiciones más gravosas para acceder a la pensión de invalidez, en comparación a los requisitos establecidos en el artículo 39 -original- de la Ley 100 de 1993.

15 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

16 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

17 El caso concreto se trató de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral de 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002. Solicitó la pensión de invalidez, pero el fondo de pensiones se la negó bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez. En las consideraciones de la sentencia, la Sala estimó que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al Sistema hasta completar las semanas mínimas de cotización requeridas, exigidas por la Ley 860 de 2003. Se ordenó, entonces, el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas la semana cotizadas por el accionante, hasta el momento en hizo su solicitud de la pensión.

18 MP. María Victoria Calle Correa.

19 (i) En los casos que se enmarcan dentro del presupuesto señalado, la fecha de estructuración no responde a este criterio; por el contrario, se establece en un momento en que los síntomas de la enfermedad -crónica, degenerativa o congénita- se hacen notorios, pero no son definitivos. (ii) El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 (Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995 -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.-) define la fecha de estructuración de la invalidez como “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”.

20 Sentencias T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-925 de 2003, T-326 de 2004; T-1064 de 2006 y T-550 de 2008, entre otras.

21 Sentencia T-505 de 1992.

22 MP. Jaime Córdoba Triviño.

23 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-505 del 28 de agosto de 1992 y T-271 del 23 de junio de 1995.

24 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-484 del 11 de agosto de 1992, T-185 del 28 de febrero de 2000, T-1181 del 4 de diciembre de 2003, T-010 del 15 de enero de 2004 y T-260 del 17 de marzo 17 de 2004, entre muchas otras.

25 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992.

26 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996.

27 Cfr. Corte Constitucional. T-1283 del 3 de diciembre de 2001.

28 MP. Jaime Araujo Rentería.

29 Sentencia T-292 de 1995.

30 Ver Sentencias T-026 de 2003; T-1282 de 2005, T-077 de 2008.

31 Sentencia T-452 de 2009.

32 En el mismo sentido las sentencias T-1064 de 2006, T-469 de 2004 y SU-647 de 1997.

33 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

34 MP. Mauricio González Cuervo.

35 Sentencia T-1160ª de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa. “La pensión de invalidez representa un derecho fundamental para quien ha perdido parcial o totalmente la capacidad de trabajar y no puede proveerse por sí mismo de los medios indispensables para su subsistencia (...) La negligencia de la administración en el reconocimiento de las pensiones de invalidez y su no pago oportuno amenaza el derecho a la vida y desconoce los principios de dignidad y solidaridad humana sobre los que está fundado nuestro Estado Social de Derecho”.

36 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 MP, Dra. Maria Victoria Calle Correa

38 MP, Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

39 MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

40 Numeral 1 artículo 6 Decreto 2591 de 1991.

41 MP. Mauricio González Cuervo.

42 Sentencia T-822-09 MP. Humberto Sierra Porto.

43 Sentencia T-1160ª de 2001 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 Sentencia T-671 de 2011 MP. Humberto Sierra Porto.

45 MP. Manuel José Cepeda Espinosa

46 MP. Nilson Pinilla Pinilla.