

Sentencia T-833/11

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

PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

El principio de inmediatez apunta al tiempo dentro del cual es racional ejercer la acción de tutela, para reclamar oportunamente el amparo debido. De no cumplirse tal requisito, resulta superfluo analizar las demás circunstancias de las que dependería la prosperidad de la tutela frente al caso concreto. Con todo, tratándose de personas en condiciones de especial protección, la Corte Constitucional ha expuesto que la evaluación debe realizarse atendiendo las circunstancias de cada caso. Tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el juez de tutela debe efectuar un estudio de procedencia de la acción, que en todo caso mantendrá racionalidad a partir de las excepciones señaladas, tanto al principio de subsidiariedad como al de inmediatez. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, no es absoluta.

POBLACION DISCAPACITADA-Protección del derecho internacional de los derechos humanos

PENSION DE INVALIDEZ-Semanas cotizadas entre la fecha de estructuración y fecha de calificación de la invalidez deben ser contadas para determinar reconocimiento de la pensión de invalidez

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden al ISS expida de manera definitiva resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez

Referencia: expediente T-3126610.

Acción de tutela instaurada por la señora Rosa Margarita Rojas Parra, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal.

Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011)

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

## SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Rosa Margarita Rojas Parra, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., en adelante ISS.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala Séptima de Selección de la Corte, en julio 18 de 2011, lo eligió para su revisión.

### I. ANTECEDENTES

Rosa Margarita Rojas Parra incoó acción de tutela en marzo 22 de 2011 contra el ISS, que le correspondió al Juzgado 6° Penal del Circuito de Bogotá, por la presunta violación de sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, por los hechos que a continuación son sintetizados.

#### A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante

I. La accionante sufrió un accidente de tránsito cuando se movilizaba en una buseta de servicio público, que se incendió en septiembre 3 de 1993, ocasionándole “quemaduras de II y III grado en una extensión de más del 60%” del cuerpo, por las cuales fue internada en la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, entonces del ISS por cuatro meses (f. 1 cd. inicial).

Luego, la actora fue trasladada a la Clínica San Rafael, en donde permaneció desde enero 3 hasta junio 27 de 1994, lapso durante el cual le fueron practicados una serie de “tratamientos de cirugía plástica, arteriografías, tratamiento integral en nutrición y psiquiatría”, teniendo incapacidades sucesivas, así:

## Cuadro 1. Incapacidades

Incapacidad N°

Clínica

Fecha

Días

202268

S. Pedro Claver

Septiembre 3 de 1993

30

202275

S. Pedro Claver

Octubre 3 de 1993

30

202274

S. Pedro Claver

Noviembre 2 de 1993

30

202276

Diciembre 2 de 1993

20

—

S. Rafael

Enero 3 de 1994

30

992853

S. Rafael

Febrero 3 de 1994

29

992854

S. Rafael

Marzo 3 de 1994

31

655881

S. Rafael

Abril 2 de 1994

30

655882

S. Rafael

Mayo 3 de 1994

30

655883

S. Rafael

Junio 2 de 1994

20

Total de días de incapacidad

280

2. Afirmó la peticionaria que en mayo 2 de 1994, el ISS le envió comunicación a la Clínica San Rafael para que remitiera, con destino a Medicina Laboral, el resumen de la “historia clínica con evaluación del estado actual y pronóstico de la paciente Rosa Margarita Rojas Parra”, el cual fue enviado por la Clínica en agosto 10 de 1994 (f. 1 ib.).

En esa medida, al haberse prorrogado el periodo de incapacidad por más de 180 días, sin que la actora lograra mejoría total, Medicina Laboral del ISS procedió a efectuar su calificación de pérdida de capacidad laboral, mediante dictamen N° 1160 emitido en agosto 12 de 1994, que determinó un 75% de pérdida, estructurada en septiembre 3 de 1993, de origen común.

3. Así, la señora Rojas Parra pidió al ISS el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, prestación negada mediante Resolución N° 6634 de julio 24 de 1995, al tomar como fecha de estructuración septiembre 3 de 1993 y ubicarla bajo los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, que no cumplió al completar solo 90 semanas de cotización a esa fecha, estimación errada en criterio de la actora, “por cuanto mi estado de invalidez se estructuró a partir del 12 de agosto de 1.994 y no el 03 de septiembre de 1.993, partiendo del supuesto de que la invalidez se dictaminó bajo el amparo de la ley 100 de 1993, tengo derecho a que se me aplique el literal a) del artículo 39 de la misma ley y no como lo considera el ISS declarar mi invalidez bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1.990 (Decreto 758/90)” (f. 3 ib.).

Por ello, interpuso los recursos de ley contra la referida Resolución, solicitando como punto esencial una nueva valoración médica por la Junta Médica de Calificación de la Invalidez.

Sin embargo, el ISS respondió explicando que la señora Rojas Parra no podía ser remitida a una Junta de Calificación de la Invalidez, pues su solicitud antecedió la entrada en vigor de tal Junta (abril 1° de 1995), estando radicada otrora la competencia para la reevaluación “en los médicos especialistas de la Seccional” (f. 3 ib.).

4. Se anotó en el escrito de tutela, que la actora cotizó al ISS interrumpidamente desde julio 18 de 1991 hasta diciembre 31 de 1994, 164.86 semanas, teniendo incluso cotizaciones hasta marzo 31 de 2000, para un total de 404.29 semanas.

5. Explicó Rosa Margarita Rojas Parra que es madre cabeza de hogar y que “desde mi infortunio he venido atravesando una precaria situación económica, los vecinos del barrio, la parroquia me colaboran con mercado, en la puerta del salón comunal vendo chance, dulces y cigarrillos, con lo cual completo el valor del arriendo de la habitación y los demás gastos requeridos para mi manutención y la de mis hijos”, agregando que “desconocía que la tutela la podía interponer sin tener que contratar los servicios de un abogado, el presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio donde vivo me sugirió que consultara el caso con la Personería Local, en donde me asesoraron al respecto” (f. 4 ib.).

Por todo lo anterior, solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene al ISS que reconozca y pague su pensión de invalidez.

#### B. Documentos relevantes cuya copia obra en el expediente

1. Cédula de ciudadanía de Rosa Margarita Rojas Parra (f. 13 ib.).

2. Reporte de semanas cotizadas por la peticionaria, emitido por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, en donde se constatan cotizaciones desde julio 18 de 1991 hasta marzo 31 de 2000, para un total de 404.29 semanas (f. 14 ib.).

3. Informe de accidente N° 93-0002194, ocurrido en septiembre 3 de 1993, emitido por la Unidad Especial de Tránsito del INTRA (f. 15 ib.).

4. Recortes del periódico El Espectador, de abril 28 de 1994, sobre el accidente de tránsito (fs. 16 y 17 ib.).

5. Formulario de solicitud de pensión diligenciado por la demandante en septiembre 21 de

1994 (fs. 18 a 20 ib.).

6. Resolución N° 006634 de julio 24 de 1995, emitida por el ISS, negando la prestación por invalidez a la asegurada Rosa Margarita Rojas Parra, al estimar que solo contaba con 90 semanas cotizadas en los últimos 6 años anteriores a septiembre 3 de 1993, necesitando 150, que son las exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 (f. 21 ib.).

7. Resolución del ISS N° 20867, de octubre 7 de 1999, por la cual se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la decisión inicial (fs. 22 y 23 ib.).

8. Resolución N° 001 expedida por el ISS en enero 4 de 2000, que desató el recurso de apelación, confirmando la N° 006634 de 1995 (fs. 24 a 27 ib.).

9. Circular 004 de agosto 23 de 1991, que tiene por objeto explicar los trámites para la “remisión de pacientes a la Sección de Medicinal Laboral para el trámite de indemnización o pensión por invalidez” (fs. 28 a 30 ib.).

10. Carta expedida por Medicina Laboral del ISS, dirigida a la Clínica San Rafael, solicitando el resumen de la historia clínica con evaluación y pronóstico de Rosa Margarita Rojas Parra (f. 32 ib.).

11. Síntesis de la historia clínica de la señora Rojas Parra, proveniente del Director Científico de la Clínica San Rafael (f. 36 ib.).

12. Respuesta suscrita por la Directora Jurídica de la seccional Cundinamarca y Bogotá D. C. del ISS, en donde se anota que en el caso de la señora Rojas Parra la legislación aplicable es el Acuerdo 049 de 1990 (D. 758/90), en virtud de la fecha de estructuración del asunto, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (fs. 37 y 38 ib.).

13. Certificados de incapacidades, expedidos por el ISS sobre la accionante (fs. 39 a 48 ib., ver cuadro 1 de esta providencia).

14. Certificación suscrita por la Presidente de la Junta de Acción Comunal de Villa Andrea (D. C.), en donde se asevera que la peticionaria es madre cabeza de familia (dos hijos), recibe un mercado mensual y se le permite vender comestibles y dulces a la entrada del salón comunal para su sustento (f. 49 ib.).

15. Certificación emitida por el Presidente Edil de la Junta Administradora Local de Kennedy, en la cual consta que Rosa Margarita Rojas Parra recibe ocasionalmente colaboración, dadas sus condiciones (f. 50 ib.).

16. Carta del Coordinador de Pastoral Social de la Parroquia Nuestra Señora de Choutan, expresando que le da una pequeña ayuda cada dos meses a la señora Rojas Parra, dependiendo de la contribución de los feligreses (f. 51 ib.).

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de marzo 23 de 2011, el Juzgado 6° Penal del Circuito de Bogotá, avocó conocimiento de la acción de tutela, que comunicó al ISS esperando respuesta sobre lo aseverado en la demanda, sin obtenerla.

### A. Sentencia de primera instancia

### B. Impugnación

La actora impugnó, insistiendo en que se debió revisar y reevaluar la fecha de estructuración de su invalidez y, en consecuencia, dar aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Estimó que, en su caso, el principio de inmediatez debe ser examinado en atención a sus especiales circunstancias de ser cabeza de familia e inválida; además, porque la violación a sus derechos a la vida digna, la seguridad social y el mínimo vital es actual y continua, careciendo de recursos económicos para iniciar un proceso común, además de que no sabía que podía ejercer la acción de tutela sin abogado. De tal manera, solicitó al ad quem revocar la sentencia y concederle la pensión (fs. 66 a 73 ib.).

### C. Sentencia de segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de mayo 26 de 2011, confirmó la sentencia impugnada al estimar que el debate es meramente laboral y, por ello, no puede ser atendido por la jurisdicción constitucional; reafirmó las consideraciones

del a quo, respecto de los principios de inmediatez y subsidiariedad, explicando que a pesar de lo “demorado y dispendioso” del proceso laboral ordinario, este debió haberse seguido (fs. 3 a 11 cd. 2).

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### Primera. Competencia

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### Segunda. Lo que se debate

Debe esta Sala de Revisión determinar si los derechos a la vida digna, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad están siendo vulnerados por el ISS, seccional Cundinamarca, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la señora Rosa Margarita Rojas Parra, argumentando que la actora no cumplió los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990.

Para ello, en primer lugar, se analizará la procedencia de la tutela en cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta los principios de subsidiariedad e inmediatez; en segundo término, se estudiará la protección especial otorgada a las personas en condición de discapacidad; luego se desarrollará la regla jurisprudencial, que permite contar las semanas cotizadas entre las fechas de estructuración y de calificación de la invalidez para determinar el reconocimiento de la pensión respectiva; por último, se decidirá el caso concreto.

Tercera. Requisito de subsidiariedad. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia

3.1. Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es una vía judicial al alcance de toda persona, para procurar la protección de sus derechos fundamentales, la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio idóneo de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De lo anterior se desprende que la tutela es un mecanismo de defensa subsidiario, pues “su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, ‘sino fungir como último recurso... para lograr la protección de los derechos fundamentales’”<sup>1</sup>.

Debido a ello, en principio, resultaría improcedente el reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela, ya que el ordenamiento jurídico nacional ha dispuesto medios judiciales específicos para la solución de conflictos de ese origen, ya sea en la jurisdicción laboral ordinaria o en la contenciosa administrativa, según el caso.

3.2. No obstante, la regla general de improcedencia del amparo para el pago de pensiones en razón de la existencia de otros medios de defensa, presenta excepciones desarrolladas por la Corte, como puede leerse en la sentencia T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería:

“En síntesis, se puede indicar que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión. Sin embargo, de manera excepcional y como mecanismo transitorio, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.” (No está en negrilla en el texto original.)

Frente al perjuicio irremediable y la afectación al mínimo vital, cabe anotar que cuando una persona se encontraba trabajando y no puede continuar por sobrevenirle pérdida de su capacidad laboral, por enfermedad o accidente, sus ingresos se reducen y se presume la afectación de la subsistencia propia y de la familia, infiriéndose el perjuicio irreparable y la materialización de los criterios (i) y (ii) recién citados<sup>2</sup>.

Así mismo, recuérdese que a nivel nacional e internacional se ha catalogado como sujetos de especial protección a las personas discapacitadas que solicitan una pensión de invalidez; así fue expresado en la sentencia T-144 de marzo 30 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell:

“La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico – que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta.”

A la par, cuando una entidad se rehúsa a conceder el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de la persona haber acreditado los requisitos exigidos, vulnera el derecho a recibir un tratamiento igual a otras personas que sí la perciben, a partir de circunstancias equiparables, menoscabándose las garantías fundamentales y la tutela es correctamente invocada.

3.3. Por último, también ha resaltado esta corporación la existencia de circunstancias que hacen del otorgamiento y pago de la pensión de invalidez un derecho fundamental<sup>3</sup>, en inescindible relación con derechos como el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna, entre otros, permitiendo su protección aún en presencia de otros medios de defensa judicial; así, “además de ‘gozar de una garantía constitucional reforzada cuando está en juego el mínimo vital de su titular y el de su núcleo familiar’<sup>4</sup>, la evolución conceptual desde el punto de vista jurisprudencial se ha encaminado al reconocimiento de la pensión de invalidez como un derecho fundamental per se”<sup>5</sup>.

3.4. Como colofón, cabe acudir a la sentencia T-789 de septiembre 11 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, a la cual otros varios fallos han agregado las personas discapacitadas como sujetos de especial protección:

“La verificación de estos requisitos debe ser efectuada por los jueces en forma estricta, por virtud del referido carácter subsidiario de la tutela; no obstante, en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la

particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.”

Cuarta. Principio de inmediatez. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

4.1. El principio de inmediatez apunta al tiempo dentro del cual es racional ejercer la acción de tutela, para reclamar oportunamente el amparo debido. De no cumplirse tal requisito, resulta superfluo analizar las demás circunstancias de las que dependería la prosperidad de la tutela frente al caso concreto.

4.2. Con todo, tratándose de personas en condiciones de especial protección, la Corte Constitucional ha expuesto que la evaluación debe realizarse atendiendo las circunstancias de cada caso, resaltando las siguientes condiciones específicas en sentencia T-158 de marzo 2 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto (no está en negrilla en el texto original): “(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual... (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales... por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”, convierte en desproporcionada la carga de acudir a un proceso común.

Respecto de la continua violación de derechos fundamentales, se ha expresado “que en aquellos casos en los que la vulneración de los derechos es permanente, la solicitud de amparo es procedente mientras dure la vulneración”<sup>6</sup>.

Así mismo, acerca de las condiciones de debilidad manifiesta de algunas personas, “la jurisprudencia constitucional también ha aplicado de manera diferente el concepto de inmediatez en el trámite de la acción de tutela. Si bien la acción de tutela es un mecanismo excepcional de protección inmediata de los derechos fundamentales, su interposición debe hacerse en un término razonable y objetivo, pues siempre se ha entendido que el transcurso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos vulneradores y la interposición de la acción de tutela, diluye el perjuicio causado, y torna inviable este mecanismo de protección constitucional. No obstante, en el caso de las personas afectadas por el VIH SIDA, o en

similares circunstancias de vulnerabilidad, la jurisprudencia constitucional ha considerado, que advertida por el juez de tutela, que la vulneración de los derechos cuya protección se reclama ha persistido en el tiempo, y que para el cumplimiento de tal derecho, la interposición de la acción de tutela, no solo conserva toda su validez, para reclamar el reconocimiento de un derecho irrenunciable, sino que además no tiene caducidad para su ejercicio”<sup>7</sup> (no está en negrilla en el texto original).

4.3. En conclusión, tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el juez de tutela debe efectuar un estudio de procedencia de la acción, que en todo caso mantendrá racionalidad a partir de las excepciones señaladas, tanto al principio de subsidiariedad como al de inmediatez. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, no es absoluta.

Quinta. Protección constitucional especial para las personas en circunstancia de discapacidad

5.1. Antes de abordar este acápite, ha de recordarse que los términos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el segundo una especie del género discapacidad, que no siempre que se presente implica necesariamente invalidez<sup>8</sup>, situación que se configura cuando aquélla es severa<sup>9</sup>.

Tal sentido fue aclarado por esta corporación en sentencia T-122 de febrero 18 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto:

“... se puede interpretar que la idea de limitación pone de presente un panorama genérico al que pertenecen todos los sujetos que han sufrido una mengua por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales. Por otra parte, la discapacidad, especie dentro de este género, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de ‘persona impedida’ y ‘persona con discapacidad’, respectivamente. Por último, la invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como

una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral, lo que presupone la valoración de la merma<sup>10</sup>.”

5.2. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, define la discapacidad en su artículo 1º, como una condición que implica “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Así, en procura de mejorar la calidad de vida y el acceso igualitario a mejores oportunidades para la población discapacitada, el ordenamiento jurídico internacional impulsó la expedición de estatutos tendientes a incentivar la adopción de esas políticas en los Estados. De tal manera surgieron las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad<sup>13</sup> y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad<sup>14</sup>; el artículo III de esta última estatuye, en efecto, que con el fin de lograr los objetivos trazados, los Estados Partes se comprometen a “adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad...”.

5.3. A la par, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>15</sup> reafirmó las garantías de vida digna, protección en condiciones de emergencia, seguridad y libertad, derechos políticos, nacionalidad, igualdad, no discriminación, acceso a la justicia, locomoción y movilidad, no dependencia, educación, hogar y familia, de los discapacitados:

“Los Estados Partes en la presente Convención:

... ..

c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación,

... ..

e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,

... ..

j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso,

... ..

Conviene en lo siguiente:

... ..

Artículo 28: Nivel de vida adecuado y protección social:

... ..

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

... ..

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;

... ..

5.4. En Colombia, la expedición de la Constitución Política de 1991 materializó de manera eficaz la preceptiva conducente a proteger los derechos de la población discapacitada<sup>16</sup>. Así, el artículo 13 superior reconoce la igualdad de todas las personas, independientemente de su raza, sexo, opinión política, religión, etc., y destaca la protección especial para quienes se

encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, por su condición física, mental o económica.

En este sentido, resulta necesario recordar que ese principio de igualdad debe categorizarse ante una limitación física o mental padecida, directriz fundamental para establecer los fines y las medidas especiales mencionadas, para así lograr que los discapacitados ejerzan sus derechos de manera digna, como los demás, hasta donde sea humanamente posible.

Consecuencialmente, la protección de las personas que padecen algún tipo de discapacidad, sea transitoria o permanente, se deriva del derecho internacional de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico interno, “en donde se manifiesta una especial preocupación por las personas colocadas en circunstancias de indefensión y se ordena adoptar un conjunto de medidas para protegerlas”<sup>17</sup>.

5.5. De este modo, adviértase que la pensión de invalidez no es un simple derecho prestacional, sino que es además el resultado de la idea de progreso universal de las sociedades y del desarrollo internacional de valores jurídicos de gran trascendencia, como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad, todos ellos presentes en nuestra carta política.

Sexta. Las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración y fecha de calificación de la invalidez deben ser contadas para determinar el reconocimiento de la pensión de invalidez.  
Reiteración de jurisprudencia

6.1. Como regla general, la ley y la jurisprudencia han determinado que la normatividad aplicable a un caso concreto, en donde se solicite el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, es definida por la fecha de estructuración de la invalidez. Esto porque a lo largo de la historia legislativa y el desarrollo de dicha prestación en Colombia, no han existido regímenes de transición específicos para regular los cambios dados en esa materia.

6.2. Sin embargo, ha de aclararse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional han permitido excepciones a esta regla con el fin de, por un lado, dar aplicación real a los principios de solidaridad, favorabilidad, progresividad y universalidad que rigen el Sistema General de Seguridad Social; y de otro, materializar los postulados del Estado social de derecho.

En sentencia de la primera<sup>18</sup> se lee que “no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas”.

También, en sentencia T-710 de octubre 6 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, refiriéndose a la regla general, se estimó que “sin embargo, no resulta siempre clara a la hora de ser aplicada en los casos concretos, motivo por el cual es pertinente referirse al principio hermenéutico de la favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, esencial para resolver las dudas que la aplicación de la ley laboral y sus derivados” pueda generar.

Y después de un extenso análisis concluyó que “el juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, no sólo la fecha de estructuración de la enfermedad, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales y el principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe regir el asunto, a más de que la persona haya continuado laborando y por tanto contribuyendo al sistema aún después de estructurada su invalidez”.

6.3. Después de lo aclarado, pertinente al momento de determinar en el caso concreto qué legislación aplicar, esta Sala pasará a exponer los argumentos que la Corte Constitucional ha construido para desarrollar una regla jurisprudencial que, a efectos de reconocer pensiones de invalidez, permite contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de calificación de la misma.

Para ello es imperioso entender que, de manera general, los procesos de evaluación de las personas a las cuales les sobreviene una situación de discapacidad que les impide seguir trabajando, varían dependiendo de cada circunstancia, por ejemplo si es a causa de una enfermedad degenerativa como el VIH y SIDA, o si lo es por un accidente o suceso único, cuyas consecuencias pueden empeorar.

Para esos asuntos, se recuerda que antes de la calificación del estado de invalidez, estas personas y sus empleadores, si es del caso, están obligadas a seguir cotizando normalmente al Sistema de Seguridad Social, pues su situación jurídica de pérdida de capacidad laboral aún no se ha definido.

6.4. Así, la Corte en reiteradas ocasiones ha revisado procesos, en los cuales las cotizaciones realizadas entre la fecha de calificación de la invalidez y la de estructuración de la misma, hacen la diferencia entre cumplir o no los requisitos exigidos por la ley, explicando que el Sistema de Seguridad Social no puede beneficiarse de esas cotizaciones, pues ello contravendría los postulados básicos del Estado Social de Derecho y sus desarrollos posteriores, principalmente mediante la protección del derecho a la seguridad social.

Tal es el caso de la sentencia T-699A de septiembre 6 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se precisó que una persona portadora de VIH, sobre quien se estableció de manera retroactiva la fecha de estructuración, conservó sus capacidades laborales, al punto de seguir aportando al sistema de seguridad social, hasta la época en que se practicó el examen de calificación de invalidez, determinando (no está en negrilla en el texto original):

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

Análogo resulta lo expuesto en la precitada sentencia T-710 de 2009, que al estudiar la situación de un portador de VIH señaló que “la jurisprudencia de esta Corporación ha valorado positivamente el hecho de que, no obstante las especiales circunstancias que

rodean a las personas contagiadas de VIH-SIDA, las mismas continúen trabajando y cotizando al sistema hasta tanto el progreso de la enfermedad les impida seguir con su vida laboral, situación ésta frente a la cual se ven precisados ineludiblemente, de solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación de su discapacidad. En estos eventos, la Corte constitucional ha considerado que no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales”.

En torno a enfermedades catastróficas y degenerativas, otro ejemplo se encuentra en la sentencia T-509 de junio 17 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo, donde se explicó que “no resulta aceptable que en los procesos de reconocimiento de las pensiones de invalidez, el sistema de seguridad social, y en particular sus operadores, desconozcan o no tengan en cuenta, por razones de una interpretación literal y rígida de las normas, los pocos o muchos aportes que puedan causarse, entre la fecha de estructuración de la invalidez, y la fecha en se profiere el dictamen que determina dicha estructuración. Ciertamente, si se mira en una línea de tiempo, estos dos momentos (calificación y estructuración), estos se acercan o alejan entre sí, dependiendo las circunstancias que causan u originan la pérdida de la capacidad laboral de la persona. Por ello, no es consecuente con los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social (SGSS) que las cotizaciones que se hubiesen causado durante el tiempo transcurrido entre la fecha de estructuración de la invalidez y la fecha de la calificación de ésta, no sean contabilizadas como aportes válidos para el reconocimiento pensional que se pueda llegar a reclamar.” (No está en negrilla en el texto original.)

Ahora bien, la Corte Constitucional igualmente ha permitido que esta regla jurisprudencial aplique también para personas jóvenes a quienes ocurre un grave accidente o suceso intempestivo, en razón al déficit de protección que tienen quienes no logran el mínimo de semanas necesarias entre la entrada al mercado laboral y el suceso trágico.

En este entendido, en fallo T-777 de octubre 29 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, frente al caso de una joven que perdió el 76.45% de su capacidad laboral en un accidente de tránsito, determinó que aplicar rígidamente el parágrafo 1° del artículo 1° la Ley 860 de 2003, implicaría un desconocimiento a las directrices propias del Estado social de derecho y destacó “la relevancia constitucional del problema planteado”, realzando el deber del juez constitucional de pronunciarse respecto de la aplicación de las disposiciones legales en el

caso concreto, “sobre todo buscando que la misma se haga en concreción del principio de interpretación conforme a la Constitución, de manera que se tengan en cuenta valores y principios constitucionales que necesariamente deben iluminar la lectura de las disposiciones legales. Esto aunado a la especial situación de debilidad manifiesta, y al estado de sujeto de especial protección que reviste la accionante, hace necesario desplegar el contenido material, real y efectivo de los principios de solidaridad e igualdad que ilustran nuestra Carta”.

Continúa explicando:

“Para el caso de la pensión de invalidez, el legislador quiso dar protección especial a un segmento joven de la población, permitiéndole acceder a dicha prestación originada en enfermedad o accidente no profesional, con unos requisitos menos rigurosos que para el resto de la población colombiana (26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez o de su declaratoria); ello, en razón a que los jóvenes se encuentran haciendo tránsito de la vida estudiantil a la vida laboral o en el mejor de los casos realizan las dos actividades concomitantemente. Es apenas obvio que a una persona joven que está iniciando su vida laboral no se le pueden exigir los mismos requisitos para acceder a un derecho prestacional como la pensión de invalidez, que a una persona mayor, con experiencia, pues se presume que la misma viene laborando desde tiempo atrás, bien sea de manera constante o interrumpida, pero que las más de las veces alcanzará a reunir las 50 semanas exigidas en los últimos tres años con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez que exige la norma.

De tal manera que a esta rama joven de la población se le puede tener en cuenta tanto las semanas cotizadas antes del hecho causante de la invalidez, como las efectuadas con antelación a la declaratoria de la misma; fechas que generalmente no coinciden, dado que desde el instante de la ocurrencia del hecho causante de la invalidez hasta el momento en que es declarada, transcurre un lapso de tiempo, que en la mayoría de los casos no es inferior a seis meses (180 días de incapacidad).” (Está subrayado mas no en negrilla en el texto original.)

Aclarando que lo citado no agota la línea jurisprudencial al respecto, ha de terminarse lo

ahora recordado rememorando la sentencia T-839 de octubre 7 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual se concedió la pensión de invalidez a un joven de 27 años que sufrió un accidente que le generó pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, a quien teniendo semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez pero anteriores a la calificación, le habían negado la prestación:

“Tal como lo advirtió el a- quo en el presente caso, no existe duda que dentro del expediente se aportaron copias del reporte expedido por el ISS de las semanas cotizadas en forma interrumpidas efectuados al sistema de seguridad social dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, corresponde a un total de 4.43 semanas. Igualmente, observamos que las semanas cotizadas entre el 01 de febrero de 2005 a octubre de 2009 sumaron 102.71 en total.

Con base en las consideraciones del caso concreto y del análisis de los principios constitucionales, se puede afirmar que el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003, preceptúa condiciones más favorables para que la población joven pueda acceder al derecho de la pensión de invalidez, situación que se convierte en un acierto del legislador el cual estableció el requisito de cotización de las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez o de su declaratoria. En el presente caso, la declaratoria del estado de pérdida de la capacidad laboral fue expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el día 23 de diciembre de 2008, es decir, para esa fecha según las pruebas que se aportan al proceso, el actor contaba con más de 26 semanas cotizadas al sistema.” (Está subrayado pero no en negrilla en el texto original.)

7.1. De los antecedentes planteados se desprenden varias cuestiones a dilucidar, (i) se hace necesario confrontar los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela para el caso específico; (ii) es imperioso determinar qué legislación debe aplicarse a la situación de la señora Rojas Parra; (iii) la verificación del cumplimiento de los requisitos por parte de la actora, siguiendo la regla jurisprudencial trazada por esta Corte, para establecer si se reconoce o no la pensión de invalidez.

7.2. Así, debe realizarse el examen de procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de la actora, debiéndose evaluar los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez, de la siguiente manera:

a. Perjuicio irremediable y afectación a derechos fundamentales: De lo expuesto se extrae que esta ocurrencia se presume al estar afectado el mínimo vital en razón del 75% de pérdida de capacidad para trabajar de la demandante, acreditada la precariedad de sus medios de subsistencia y que se le dificulta altamente trabajar para percibir una retribución digna, aunado a su condición de madre de dos niños, que dependen totalmente de ella para desarrollarse y formarse dignamente, quienes también requieren amparo.

b. Afectación actual y continua de derechos fundamentales: Las certificaciones aportadas por la actora, antes referidas, refrendan que sus necesidades actuales y las de su familia están cubiertas, solo en parte, por la solidaridad y la caridad, valores altamente encomiables pero que no liberan al Estado<sup>19</sup> de sus obligaciones, particularmente si se trata de atender los derechos fundamentales. Igualmente, la actora alegó su imposibilidad de activar la jurisdicción ordinaria, por su misma situación económica, precaria desde el momento del accidente hasta la actualidad.

c. Condición de sujeto de especial protección: Es evidente en este caso, por las varias condiciones de debilidad que confluyen, tratándose de una madre cabeza de familia, discapacitada y en la referida precariedad económica, que la anhelada pensión de invalidez, como componente esencial de la seguridad social, adquiere rango fundamental, particularmente por su incidencia en la vida digna y el mínimo vital.

Se está, entonces, ante la evidencia de un perjuicio irremediable, por la vulneración real, continua y actual de esos derechos, con afectación también contra dos menores de edad, resultando palmario que se trata de tres personas merecedoras de especial protección, todo lo cual amerita la intervención del juez de tutela y permite superar las exigencias de subsidiariedad e inmediatez.

7.3. Ahora debe determinarse cuál es la legislación aplicable al caso de la señora Rojas Parra, explicado anteriormente que por regla general procede la legislación vigente al momento de la fecha de estructuración.

Ha de aclararse en este punto que la actora recurrió en reposición y apelación ante el ISS, contra el cambio de la fecha de estructuración, porque a su entender debe aplicarse la Ley 100 de 1993, siendo esta reclamación atendida, pues el primer dictamen de calificación fue revisado nuevamente, no por una Junta de Calificación de Invalidez sino por un médico de la respectiva seccional del ISS, que confirmó el dictamen en todas sus partes, dejando en firme como fecha de estructuración septiembre 3 de 1993.

El concepto de invalidez está directamente ligado a la capacidad laboral y la respectiva estructuración es crucial para determinar si hay derecho a la pensión de invalidez, a partir del momento en que la persona no pueda seguir laborando, a consecuencia de un accidente o por enfermedad.

En este caso concreto, la actora dejó de trabajar en septiembre 3 de 1993, fecha del accidente, y nunca pudo regresar formalmente al trabajo, como se prueba con las incapacidades expedidas por los médicos, que consideraron que no le era posible retornar a las actividades laborales.

Lo anterior indica que, ante la jurisprudencia y los correspondientes supuestos fácticos, no es cierta la afirmación de que esa fecha de estructuración esté indebidamente dictaminada. La legislación aplicable a la situación de la actora es, entonces, el Acuerdo 049 de 1990, del siguiente tenor en lo pertinente:

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

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

7.4. Se determinará, en conclusión, si la actora cumple los requisitos exigidos en el precitado artículo.

Según las resoluciones del ISS la actora, que para el momento del siniestro tenía 22 años de edad, había cotizado un total de 90 semanas, faltándole 60 semanas para alcanzar el primer

presupuesto del literal b) del citado artículo.

No obstante, en atención a los preceptos legales, la empresa Vestimundo S. A., para la cual trabajaba la actora en ese tiempo, continuó cotizando hasta diciembre 31 de 1995, fecha posterior a la del dictamen.

Así, explicada la regla jurisprudencial que permite contabilizar las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de declaratoria de la invalidez, en este caso agosto 12 de 1994, debe reevaluarse el cumplimiento del requisito supuestamente incumplido, para determinar si la actora tiene derecho o no a la pensión de invalidez. A folio 14 del cuaderno inicial aparecen estas cotizaciones realizadas por la actora:

Semanas cotizadas

Julio 18 de 1991 a agosto 9 de 1991

3,29

Octubre 30 de 1991 a diciembre 30 de 1991

8,86

Enero 28 de 1992 a junio 9 de 1992

19,14

Junio 10 de 1992 a agosto de 1994

133,57

Total de semanas

164,86

En conclusión, contadas la totalidad de semanas cotizadas, la señora Rosa Margarita Rojas Parra cumple los indicados requisitos para el goce de su pensión de invalidez, por lo cual será revocada la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, de mayo 26 de 2011, que en su momento confirmó el fallo dictado en abril 7 del mismo año por el Juzgado 6° Penal

del Circuito de dicha ciudad.

En tal virtud se dispondrá, de manera definitiva pues el mecanismo transitorio devendría inane ante los graves apremios que padecen la actora y sus dos hijos, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, expida la resolución de reconocimiento y empiece a pagar la pensión de invalidez a la señora Rosa Margarita Rojas Parra, cubriendo todo lo causado a partir de septiembre 13 de 1993, fecha de estructuración, en las mesadas frente a las cuales todavía no haya operado la prescripción.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en mayo 26 de 2011, que en su momento confirmó el dictado en abril 7 del mismo año por el Juzgado 6° Penal del Circuito de dicha ciudad, que negó la tutela presentada por la señora Rosa Margarita Rojas Parra, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C..

Segundo.- En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital de la actora y sus hijos menores de edad, ordenando que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el Instituto de Seguros Sociales, seccional Cundinamarca y Bogotá D. C., por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha efectuado, expida de manera definitiva la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora Rosa Margarita Rojas Parra y empiece a pagarla en la periodicidad debida, cubriendo lo causado desde septiembre 3 de 1993, fecha de estructuración, en las mesadas frente a las cuales no haya operado la prescripción.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del

Decreto 2591 de 1991.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-833/11

Referencia: expediente T-3.126.610

Acción de tutela instaurada por la señora Rosa Margarita Rojas Parra contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca y Bogotá D.C.

Magistrado Ponente:

NILSON PINILLA PINILLA

Con el acostumbrado respeto, me permito presentar la siguiente aclaración de voto a la sentencia T-833 de 2011, por las razones que expongo a continuación.

1. La señora Rosa Margarita Rojas Parra sufrió un accidente de tránsito el 3 de septiembre de 1993, que le ocasionó quemaduras de segundo y tercer grado e incapacidades por más de 180 días.

1. Mediante dictamen del 12 de agosto de 1994, proferido por el Instituto de Seguros Sociales, la accionante fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de origen común del 75%, con fecha de estructuración del 3 de septiembre de 1993.

1. Por lo anterior, la señora Rojas, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante el Seguro Social, la cual fue negada bajo el argumento de que, a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, no completaba las 90 semanas de cotizaciones exigidas por el Acuerdo 049 de 1990.

1. La accionante interpuso recursos de reposición y apelación contra la resolución que negó su prestación, bajo el argumento de que su invalidez se estructuró el 12 de agosto de 1994, fecha del dictamen, razón por la cual la cobijaría la Ley 100 de 1993. El Instituto de Seguros Sociales, confirmó la decisión adoptada inicialmente.

1. En consideración a los hechos narrados, la señora Rojas Parra interpuso la acción de tutela, solicitando la garantía de sus derechos fundamentales y como consecuencia, que se ordenara al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

1. Surtido el trámite de la acción de tutela, en sede de revisión esta Corporación decidió tutelar los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al ISS reconocer su pensión de invalidez.

1. Si bien comparto la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, en la medida en que garantiza los derechos fundamentales de la señora Rosa Margarita Rojas Parra, en mi concepto, las consideraciones hechas debían ser diferentes, por las razones que paso a exponer:

1. La sentencia hace referencia a la regla jurisprudencial que ha desarrollado esta Corporación, según la cual, para efectos de reconocer la pensión de invalidez de personas en condiciones especiales, se permite excepcionalmente contar las semanas cotizadas entre la fecha de estructuración y la fecha de calificación de invalidez. Al respecto, hace referencia a los casos de personas portadoras de enfermedades catastróficas o degenerativas como el VIH20, quienes luego de la fecha de estructuración de su enfermedad, están en capacidad de seguir trabajando y por lo tanto de seguir haciendo aportes al sistema y, solo después, ante la gravedad de la enfermedad, solicitan la calificación de la invalidez. Lo anterior, bajo la premisa de que, “no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración, para luego no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión”.

Así mismo, la sentencia establece que esta excepción se ha hecho respecto de personas jóvenes<sup>21</sup> que se han visto sometidas a una invalidez sobreviniente, en los casos en que sus empleadores han seguido cotizando después de la estructuración, en razón a la imposibilidad que tienen de contar con las semanas cotizadas exigidas por la ley.

1. Ahora bien, al resolver el caso concreto, la sentencia aplicó los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 a la actora, por ser ésta la norma vigente al momento de la estructuración. Pero, dado que éste exigía, para el reconocimiento de la pensión de invalidez 150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración y la actora contaba sólo con 90, se aplicó en la sentencia, por analogía, la regla jurisprudencial establecida en las hipótesis reservadas para personas jóvenes o con enfermedades catastróficas o degenerativas, sin dar mayores explicaciones de las razones que motivaron su aplicación.

1. A mi juicio, en el presente caso, dadas las circunstancias particulares de la accionante y en virtud del deber de solidaridad, lo que correspondía hacer era incluir su caso, es decir, los eventos de accidentes o sucesos únicos, que deriven la pérdida de la capacidad laboral, siempre que el accionante continúe cotizando después de la fecha de estructuración de la invalidez, dentro de las excepciones establecidas por esta Corporación.

1. En este sentido, cabe destacar que el principio de solidaridad que consagra el artículo 1º de la Constitución y que ha sido entendido como el tercer pilar del Estado Social de Derecho<sup>22</sup>, “es un principio fundamental que apunta a las obligaciones que se imponen al Estado y a la sociedad frente a las personas que por razones individuales o estructurales, no están en condiciones de satisfacer de manera autónoma sus requerimientos vitales.”<sup>23</sup>

Sobre la base de este deber constitucional de solidaridad, esta Corporación ha entendido que existe una obligación “dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos”<sup>24</sup>. En virtud de este deber, además, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida a todas las personas, pero especialmente, prestar asistencia y protección a aquellos y aquellas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por ejemplo, en distintos casos en que el vínculo laboral de un trabajador con problemas de salud ha terminado y su permanencia en el sistema es vital para la conservación de su vida e integridad, este Tribunal ha determinado - con base en el deber de solidaridad de los particulares y el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud - que la persona deberá permanecer “vinculada al sistema a través de la misma EPS que la venía atendiendo” a fin de asegurarle el goce efectivo de los servicios de salud, “hasta tanto [una] nueva EPS asuma su prestación efectiva” o “la persona pase a estar vinculada al Sistema de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado”<sup>25</sup>

Otra expresión del deber de solidaridad a cargo de los particulares puede inferirse de la sentencia C-1037 de 2003 en la cual la Corte decidió condicionar la exequibilidad de la norma que señala que “El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación

legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones”<sup>26</sup>, estableciendo que en ningún caso se podrá dar por terminada la relación laboral “sin que se le notifique debidamente [al trabajador] su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.”<sup>27</sup>

Así mismo, la Corte Constitucional en innumerables ocasiones también ha protegido, con base en el deber de solidaridad, la estabilidad laboral de quienes se les finaliza la relación laboral porque se encuentran incapacitados(as) por padecer una enfermedad de origen común o profesional, pues dicha limitación le dificulta el cumplimiento de las labores o las actividades cotidianas en el entorno laboral. En estos casos, la Corte ha impuesto a los empleadores la obligación de procurar la reubicación de los trabajadores con limitaciones “en un puesto o función de trabajo conforme a sus condiciones de salud”<sup>28</sup> y ha prohibido su despido, sin la previa verificación de ciertos requisitos previstos por la ley.

Así dejo expresados los argumentos que me llevan a aclarar el voto en esta oportunidad.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 SU-544 de mayo 24 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

2 En la sentencia T-124 de marzo 29 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, se expresó que “la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable”. Cfr. también T-1291 de diciembre 7 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-138 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto

Antonio Sierra Porto, entre otras.

3 Cfr. T-1128 de noviembre 3 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1013 de octubre 16 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-442 de abril 30 de 2008, T-271 de abril 13 de 2009 y T-561 de julio 7 de 2010, en las tres últimas M. P. Nilson Pinilla Pinilla; entre otras.

4 “Sentencia T-726 de 2007.”

5 T-509 de julio 17 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

6 T-1110 de octubre 28 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 T-509 de junio 17 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

8 De acuerdo al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, una persona es inválida, como consecuencia de un acontecimiento de origen común, cuando “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

9 T-198 de marzo 16 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias.”

11 La mencionada Ley fue promulgada con el objeto de promover “la implementación de la política pública en discapacidad, en forma coordinada entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar sus derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos”.

12 Esta Ley adopta el concepto de discapacidad definido por la Organización Mundial de la Salud, OMS.

13 Normativa adoptada por medio de Resolución aprobada por la Asamblea General de

Naciones Unidas en diciembre 20 de 1993.

14 Convención adoptada en junio 7 de 1999, en Guatemala.

15 Adoptada en la sede de Naciones Unidas en Nueva York en diciembre 13 de 2006, asumida en Colombia mediante Ley 1346 de julio 31 de 2009.

16 El derecho a la seguridad social apunta a la protección de la comunidad frente a ciertas necesidades y contingencias, encontrándose consagrado en la Constitución Política (art. 48) como un servicio público obligatorio, sujeto a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. Está reconocido por varios organismos e instrumentos supranacionales como uno de los derechos humanos, hallándose un ejemplo claro de ello en la conclusión a la que llegó la Organización Internacional del Trabajo en su Conferencia N° 89 de 2001, al estimar que “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social”<sup>16</sup> (no está en negrilla en el texto original). Igualmente, la seguridad social tiene consagración desde la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>16</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>16</sup> y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual estatuye en su artículo 16 (no está en negrilla en el original): “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.” Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), instituye (no se encuentra en negrilla en el texto original): “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. ...”

17 Sentencia T-122 de 2010, ya citada.

18 Febrero 5 de 2008, M. P. Camilo Tarquino Gallego, rad. N° 30528.

19 “La historia del nacimiento de los Estados Sociales es la historia de la transformación de la ayuda a los pobres motivada en la caridad y en la discrecionalidad de la autoridad pública, en beneficios concretos que corresponden a derechos individuales de los ciudadanos.” Abramovich, Víctor; Curtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Ed. Trotta, Madrid, 2002.

20 Sentencias T-699A de 2007; T-710 de 2009; T-509 de 2010 sobre la protección especial de los portadores de VIH.

21 Sentencias T-777 de 2009 y T-839 de 2010.

22 La Corte Constitucional ha establecido que el alcance del Estado Social de Derecho se basa en cuatro principios esenciales: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad. Al respecto ver sentencia C-288 de 2012.

23 Sentencia C-793 de 2009.

24 Sentencia T-1098 de 2008.

25 Sentencia T-094 de 2004.

26 Parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

27 Sentencia C-1037 de 2003, reiterada en la sentencia T-756 de 2009.

28 Sentencias T-322 de 2005 y T-226 de 2012, entre otras.