

T-893-13

Sentencia T-893/13

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

Atenta contra los postulados que predicen la vigencia y el goce efectivo de los derechos fundamentales, que el juez de tutela aplique mecánicamente la cláusula de improcedencia de la acción para debatir el reconocimiento de acreencias prestacionales, alegando la posibilidad de acudir en todos los casos a la jurisdicción laboral. Más aún cuando la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha comprobado la existencia de patologías que debido a sus características sitúan a la personas que las padecen en unas condiciones tan precarias, que hace injusto obligarlas a agotar un trámite judicial ordinario para acceder al reconocimiento de sus derechos. Ejemplo de lo anterior es el caso del VIH-SIDA.

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución de los requisitos

La pensión de invalidez por accidentes de trabajo y enfermedad profesional está consagrada en el capítulo I del libro tercero de la Ley 100. Este, en síntesis, establece que la calificación del estado de invalidez derivado de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional se sujeta a lo dispuesto para calificación de la invalidez de origen común. Así las cosas, si bien existen diferencias sustanciales en torno al porcentaje de la prestación, el titular de la obligación y el reconocimiento de derechos, a grandes rasgos podría establecerse que los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad o accidente de origen laboral, son los mismos que contempla el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD Y PROGRESIVIDAD-Regla jurídica para determinar régimen legal aplicable para su reconocimiento en el caso en que personas que habiendo sido declaradas inválidas continuaron realizando aportes al sistema pensional

La Corte ha evidenciado a través de su jurisprudencia que existe un problema de aplicación

legal que se presenta cuando se está en presencia de enfermedades degenerativas, cuyos primeros síntomas o diagnóstico son disímiles de la fecha en que efectivamente la persona no puede seguir desarrollando su trabajo. Así las cosas, a modo de ejemplo puede que una persona sea diagnosticada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el año 2003, pero sus efectos nocivos solo se evidencien hasta el presente, eso quiere decir que si bien se descubrió la enfermedad una década antes, no significa también que esta sea la fecha en la que efectivamente la persona no pudo seguir trabajando por haber perdido su capacidad laboral. En el caso de lo que comúnmente se conoce como SIDA, hay que precisar que un aspecto inicial de la enfermedad es la detección de la inoculación del virus del VIH, caso en el cual el paciente adquiere el carácter de seropositivo, lo cual no significa que automáticamente se diezme su sistema inmunológico. Esto en razón a que hasta el día de hoy no existe una vacuna 100% efectiva que elimine la patología del sistema, y lo que ocurre es que “eventualmente, un seropositivo desarrollará los síntomas del sida en el lapso de 5 a 8 años o más después de la infección”, más no en el momento del contagio. En este contexto, es posible que en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, se den casos en donde el paciente diagnosticado como seropositivo continúe trabajando y cotizando al sistema de seguridad social por años e incluso décadas, y solo se le imposibilite desempeñar sus labores cotidianas hasta mucho tiempo después. En este evento debe entenderse la fecha de estructuración desde el momento en que efectivamente no pudo seguir trabajando, y no en la fecha en que fue detectada la enfermedad.

**ENFERMO DE VIH-SIDA**-Continó trabajando y aportando al Sistema hasta el momento en que por el progreso de su enfermedad tuvo que solicitar la pensión de invalidez

**DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ**-Inaplicación del requisito de 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración por cuanto el accionante, a pesar de la enfermedad padecida, continuó cotizando al sistema

**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

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA**-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión por invalidez al accionante quien cumple requisitos

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

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de invalidez a enfermo VIH/SIDA de forma definitiva

Referencia: expedientes T-3.942.900, T-3.994.183, y T-4.001.758 acumulados

Acciones de tutela interpuestas por Luis Fernando Cañar Cerón, Mercedes Villamarín Herrera, y Fernando Alberto Herrera Zapata, contra COLPENSIONES y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB y, quien la preside, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos en única instancia por: el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Medellín (expediente T-4.001.758) y el Juzgado Especializado en Restitución de Tierras de Pasto (expediente T-3.942.900). En segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (expediente T-3.994.183).

ANTECEDENTES

Mediante auto del 15 de agosto de 2013, la Sala de Selección número ocho decidió acumular los expedientes T-3.942.900, T-3.994.183 y T-4.001.758 para ser fallados dentro de una misma sentencia, luego de advertir que existe conexidad temática entre ellos.

I. Expediente T-3.942.900.

1.1. El señor Luis Fernando Cañar Cerón interpone acción de tutela en contra del Departamento de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cúcuta y COLPENSIONES, al considerar que dichas entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social, petición, a la subsistencia digna y al mínimo vital.

1.2. Afirma que elevó reclamación escrita ante el ISS (hoy COLPENSIONES), solicitando la determinación de su pérdida de capacidad laboral[1].

1.3. Mediante resolución del 15 de junio de 2012, le fue reconocida pérdida de capacidad laboral del 67.70% por la Comisión Médico Laboral de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS, por ser portador de la enfermedad VIH- SIDA, cuya fecha de estructuración data del 9 de marzo de 2012.

1.4. El accionante, mediante escrito del 2 de noviembre de 2012, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aportando para el efecto los documentos requeridos por la ley.

1.5. Posteriormente, el 15 de noviembre de 2012, el Gerente Nacional de COLPENSIONES resolvió negar la pensión de invalidez considerando que si bien el actor acreditaba un porcentaje de discapacidad equivalente al 67.70%, no cumplía con el tiempo requerido de cotizaciones para acceder a ese beneficio.[2]

1.6. El señor Luis Fernando Cañar Cerón, el día 23 de noviembre de 2012, interpuso el recurso de apelación ya que en su entender deben aplicársele las disposiciones contenidas en el artículo 6º del decreto 758 de 1990.

1.7. El peticionario cotizó al sistema 391 semanas durante su vida laboral, por lo cual considera tener derecho a la prestación requerida.

1.8. COLPENSIONES, mediante oficio del 27 de febrero de 2013, le comunicó al actor que debido al proceso de liquidación del ISS, a la fecha se encuentra en la etapa de recibo de expedientes pensionales.

1.9. Por la situación anteriormente referida, presentó acción de tutela solicitando que se resuelva de fondo el recurso de apelación interpuesto y que mediante acto administrativo se le ordene pagar a COLPENSIONES la mesada pensional de invalidez, teniendo en cuenta

que acreditó los requisitos legales previstos en el artículo 6º del decreto 758 de 1990.

Actuaciones del juez de única instancia.

Mediante auto de fecha 1º de abril de 2013, el Juzgado Único Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto decidió: (i) admitir la acción de tutela y (ii) vincular al Departamento de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales Seccional Cúcuta y a COLPENSIONES.

2. Respuesta de las entidades accionadas.

2.1. A través de oficio S.C. 19 P.E, número 583 del 10 de abril de 2013, el Instituto de Seguros Sociales en liquidación - Seccional Cúcuta - manifestó que el expediente de afiliación en cuestión fue "exportado" a la administradora COLPENSIONES desde el 4 de octubre de 2012, por lo cual debía ser desvinculado del trámite tutelar.

2.2. COLPENSIONES guardó silencio en esta etapa procesal.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Fotocopia del informe que determina la pérdida de capacidad laboral del accionante en un 67.70%, elaborado por la Comisión Médico Laboral del ISS (folios 8 y 9, cuaderno 1).

Copia del reporte de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES desde el año 1967 hasta el 22 de noviembre de 2012 (folios 12 al 15, cuaderno 1).

Fotocopia del recurso presentado por el accionante ante COLPENSIONES, solicitando que se reconozca su pensión aplicando la normatividad contenida en el decreto 758 de 1990 (folios 16 y 17, cuaderno 1).

#### 4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

4.1. Decisión de única instancia

El Juzgado Único Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto, mediante sentencia del 15 de abril de 2013, resolvió: (i) tutelar el derecho de petición del accionante y en consecuencia, ordenó al Gerente Nacional de COLPENSIONES que en el

término de 48 horas diera una respuesta de fondo, clara, concreta y detallada de la solicitud presentada y (ii) denegó la solicitud de amparo a los demás derechos, al considerar que el accionante no cumplía con las condiciones legales para acceder a la pensión.

Ese despacho consideró que la acción de tutela era procedente dada la condición especial del accionante, en especial por padecer VIH-SIDA, sin embargo, no accedió a reconocer la pensión de invalidez debido a que el señor Luis Fernando Cañar Cerón no cotizó 50 semanas en los últimos 3 años.

## II. Expediente T-3.994.183

### 1. Hechos.

1.1. La señora Mercedes Villamarín Herrera mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital.

1.2. La accionante padece una enfermedad de deterioro progresivo que afecta su estado de salud, específicamente aduce que sufre de “artritis reumatoidea, diabetes mellitus, e hígado graso medicamentoso”.

1.3. Afirma que debido a su precario estado de salud, mediante resolución número 3036 del 24 de marzo de 2000; fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 57.5%, con fecha de estructuración del 13 de noviembre de 1997.

1.4. La accionante afirma haber seguido trabajando con mucho esfuerzo en sus labores con ayuda de un bastón, hasta que en el año 2009, le fue cada vez más difícil adelantar cualquier tipo de actividad, por lo cual presentó una tutela que conoció y falló el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, en la que se ordenó a la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del I.S.S. realizar un nuevo dictamen de invalidez.

1.5. En este segundo examen se le informó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 60,34%, con la misma fecha de estructuración del primer dictamen, es decir, el 13 de noviembre de 1997.

1.6. La accionante posteriormente, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aportando para el efecto los documentos requeridos por ley.

1.7. Mediante resolución número 5032 del 22 de febrero de 2010, el I.S.S. resolvió no acceder a la solicitud de la señora Mercedes Villamarín, ya que a pesar de haber aumentado la pérdida de capacidad laboral a un 60.34%, no cumplía a la fecha de estructuración de la invalidez, con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993.

1.8. La accionante considera que desde la fecha de la primera estructuración y el último dictamen han transcurrido 11 años, durante los cuales trabajó y cotizó activamente, razón por la cual actualmente cuenta con 627 semanas, 50 de ellas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del último examen.

1.9. Por la situación anteriormente referida presentó acción de tutela solicitando que se le reconociera su pensión de invalidez, tomando como fecha la del último dictamen practicado, esto en virtud al carácter degenerativo de la enfermedad que padece.

Actuaciones del juez de primera instancia.

Mediante auto del 14 de mayo de 2013, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá decidió admitir la acción de tutela e informar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, del trámite adelantado.

2. Respuesta de la entidad accionada.

La Administradora Colombiana de Pensiones no se pronunció respecto de los hechos contenidos en la acción de tutela.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Fotocopia del informe que determina la pérdida de capacidad laboral de la accionante en un 60.34%, elaborado el 2 de diciembre de 2009, por la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS (folios 11 y 12, cuaderno 1).

Copia del reporte de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES desde el año 1967 hasta el 31 de marzo de 2012 (folios 14 al 17, cuaderno 1).

Fotocopia de la resolución número 5032 del 22 de febrero de 2010, expedida por el ISS, por medio de la cual se denegó la solicitud de reconocimiento de la pensión (folio 18 al 20, cuaderno 1).

Copia de las órdenes clínicas de la señora Mercedes Villamarín Herrera expedidas por la EPS Sanitas y CIREI (folios 26 al 42, cuaderno 1).

#### 4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

4.1. Decisión de primera instancia

4.2. Impugnación

Contra la mencionada decisión, la apoderada de la accionante en el término legal, interpuso la impugnación manifestando que la tutela era procedente en el asunto específico debido al precario estado de salud de la señora Mercedes Villamarín, el cual no le permite obtener los medios necesarios para subsistir.

4.3. Decisión de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, mediante providencia del 28 de junio de 2013, confirmó el fallo del a quo. Las razones que llevaron a adoptar dicha determinación fueron las siguientes: (i) la imposibilidad del juez constitucional de sustituir los mecanismos ordinarios de defensa y (ii) la inexistencia de un perjuicio

### III. Expediente T-4.001.758.

#### 1. Hechos.

1.1. El señor Fernando Alberto Herrera Zapata interpone acción de tutela en contra de COLPENSIONES, al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, a la igualdad y al mínimo vital.

1.2. El accionante afirma que mediante resolución del 18 de mayo de 2012, le fue reconocida por la Comisión Médico Laboral de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS, pérdida de capacidad laboral del 71.10%, por ser portador de la enfermedad VIH- SIDA, cuya fecha de estructuración data del 30 de diciembre del año 2000.

1.3 En virtud a lo anterior, el día 19 de julio de 2012, envió a COLPENSIONES los documentos exigidos por la ley, solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez.

1.4. Posteriormente, el 16 de noviembre de 2012, el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de COLPENSIONES resolvió negar la pensión de invalidez considerando que si bien el señor Fernando Herrera acreditaba un porcentaje de discapacidad equivalente al 71.10%, este no cumplía con el tiempo requerido de cotizaciones para acceder a ese beneficio de conformidad al artículo 39 de la ley 100 de 1993, ni según lo dispuesto en el artículo 6 del decreto 758 de 1990.

1.5. El señor Fernando Herrera considera que en concordancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su caso no debe tenerse en cuenta, como fecha de estructuración, la contemplada en el dictamen, es decir el 30 de diciembre del año 2000, sino el momento de la resolución médica, la cual data del 16 de noviembre de 2012.

1.6. Por la situación anteriormente referida, presentó acción de tutela solicitando que se le reconozca la pensión de invalidez a la cual tiene derecho, en razón a las cotizaciones aportadas en los 2.610 días que ha trabajado y cotizado con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

Actuaciones del juez de única instancia.

Mediante auto de fecha 20 de mayo de 2013, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín decidió: (i) admitir la acción de tutela y (ii) vincular a COLPENSIONES al trámite judicial.

2. Respuesta de la entidad accionada.

La Administradora Colombiana de Pensiones no se pronunció respecto de los hechos contenidos en la acción de tutela.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

Fotocopia del informe que determina la pérdida de capacidad laboral del accionante en un

71.10%, elaborado por la Gerencia de Atención al Pensionado del ISS (folios 12 y 13, cuaderno 1).

Copia del reporte de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES desde el año 1977 hasta el 31 de julio de 2012 (folios 10 al 11, cuaderno 1).

#### 4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

##### 4.1. Decisión de instancia única

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 30 de mayo de 2013, resolvió: (i) no tutelar los derechos fundamentales invocados en razón a su incompetencia funcional para determinar la ilegalidad de las resoluciones dictadas por el ISS y (ii) debido a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

#### 2. Planteamiento del problema jurídico.

En el presente caso todos los accionantes, en diferentes circunstancias, han solicitado el reconocimiento de la pensión de invalidez. Sus pretensiones fueron negadas teniendo en cuenta que a primera, vista no reúnen el número de semanas exigidas en la ley para acceder a la prestación. Los actores censuran las resoluciones mediante las cuales se les negó las prestaciones pensionales, debido a que la A.F.P. desconoció las particularidades propias de sus asuntos, específicamente no tuvo en cuenta que a pesar de sufrir de ciertas enfermedades de carácter degenerativo todos ellos han efectuado aportes al sistema, con posterioridad a la supuesta fecha de estructuración los cuales ahora son ignorados por COLPENSIONES.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a la Corte dar solución a los siguientes

problemas jurídicos:

¿La acción de tutela procede para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez a personas portadoras del virus de inmunodeficiencia humana u otra enfermedad de carácter degenerativo?

¿Se desconocen los derechos fundamentales a la seguridad social, vida y mínimo vital de las personas que padecen VIH u otra enfermedad de carácter degenerativo, cuando el Fondo de Pensiones se niega a reconocer las semanas cotizadas después de la estructuración de la invalidez?

Por otra parte, es necesario que esta Sala determine ¿cuáles son los criterios que deben emplear los Fondos de Pensiones al momento de establecer la fecha de estructuración y el régimen legal aplicable al momento de reconocer o negar una pensión de invalidez?

Para dar respuesta a lo anterior, la Corte abordará los siguientes aspectos: (i) la procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de prestaciones de orden pensional a personas que padecen VHI-SIDA u otra enfermedad de carácter degenerativo; (ii) los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la legislación; (iii) la aplicación de los principios de progresividad y primacía de la realidad respecto de personas declaradas inválidas, cuando estas han continuado realizando aportes al sistema general de pensiones; (iv) el principio de favorabilidad en este contexto y (v) finalmente se dará solución al caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez a personas que padecen VHI-SIDA u otra enfermedad de carácter degenerativo. Reiteración de jurisprudencia

El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución, al precisarse que: “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Respecto al anterior mandato, este tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa

judicial, o en su defecto, si aún existiendo estos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aún existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[3]”.

Cabe señalar que en materia de amparo judicial de los derechos fundamentales hay una regla general, la tutela es un mecanismo excepcional de defensa al que puede acudir un afectado, ya que solo después de ejercer infructuosamente todos los medios ordinarios, o ante la inexistencia de los mismos, es procedente la acción. Así lo consideró la Corte Constitucional por ejemplo en la sentencia T-480 de 2011:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior”.

Igualmente, este tribunal ha manifestado que cuando el accionante logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo

transitorio a pesar de existir vías judiciales alternas, como cuando las condiciones físicas del peticionario permiten deducir que se encuentra en un especial estado de indefensión "y de no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable"[4].

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta corporación expresó en sentencia T-569 de 2011 que:

"El deber del juez de tutela es examinar si la controversia puesta a su consideración: (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados."

3.2. Acogiendo lo anterior, esta corporación ha determinado que por regla general la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones, ya que existen medios ordinarios idóneos para resolver dicha pretensión. Sin embargo, excepcionalmente, cuando la pensión adquiere relevancia constitucional, por estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio del amparo constitucional, para evitar un perjuicio irremediable.[5]

En este orden de ideas, el derecho a la pensión de invalidez en excepcionalísimos casos puede ser exigido a través de la acción de tutela, cuando se está en presencia de sujetos que por haber perdido parte considerable de su capacidad de trabajo, no pueden esperar o tramitar un proceso ordinario.

Sobre este aspecto la sentencia T-456 de 2004 determinó lo siguiente:

"debemos recordar que la misma jurisprudencia constitucional ha señalado que no resulta aceptable someter a las personas con una particular condición de vulnerabilidad, al agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasegar judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales, pues de someterlas a dichos trámites se podría llegar a comprometer hasta su propia dignidad."

En desarrollo de lo anterior, atenta contra los postulados que predicen la vigencia y el goce efectivo de los derechos fundamentales, que el juez de tutela aplique mecánicamente la cláusula de improcedencia de la acción para debatir el reconocimiento de acreencias prestacionales, alegando la posibilidad de acudir en todos los casos a la jurisdicción laboral. Más aún cuando la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha comprobado la existencia de patologías que debido a sus características sitúan a la personas que las padecen en unas condiciones tan precarias, que hace injusto obligarlas a agotar un trámite judicial ordinario para acceder al reconocimiento de sus derechos.

Ejemplo de lo anterior es el caso del VIH-SIDA, patología que ha sido descrita por esta corporación de la siguiente manera:

"El SIDA constituye un mal de incommensurables proporciones que amenaza la existencia misma del género humano, frente al cual el derecho no debe permanecer impasible, sino ofrecer fórmulas de solución. La dimensión creciente de la amenaza para la salud pública que representa el SIDA está dada por su carácter de enfermedad epidemiológica, mortal y sin tratamiento curativo.

El infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darle a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad.

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”[6].

Así las cosas, debido a la naturaleza degenerativa e incurable del Virus de Inmunodeficiencia Humana, esta corporación ha accedido en diversas oportunidades a reconocer acreencias laborales y pensionales por medio de la acción de tutela. Esto cuando se demuestra que la enfermedad se encuentra en una fase avanzada, ya que someter al peticionario a agotar los mecanismos ordinarios de defensa judicial sería en muchas ocasiones una carga desproporcionada. En la sentencia T-452 de 2009 este tribunal manifestó que “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”.

“Frente a este panorama y ante la imposibilidad actual de desarrollar una actividad productiva que le permita cubrir sus gastos de seguridad social, y el sostenimiento de su esposa e hijos, Juan interpuso la presente acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad, lo cual se logrará con el reconocimiento de su pensión de invalidez.

La Corte Constitucional ha considerado, de manera excepcional, la viabilidad de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento, restablecimiento y pago de derechos pensionales, aún en presencia de otros medios de defensa judicial, cuando se ha advertido que de tal reconocimiento depende la protección de otros derechos de raigambre constitucional. Así, en el caso de la pensión de invalidez, la posición jurisprudencial es distinta, pues cuando se ha impartido la orden de reconocer y pagar una pensión de invalidez, ello ha sido en razón de que esta prestación, además de gozar de una garantía constitucional reforzada cuando está en juego el mínimo vital de su titular y el de su núcleo familiar

(...)

Recordado el marco fáctico y las decisiones de tutela que se revisan, considera la Sala de Revisión que a la luz de los planteamientos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en las

precedentes consideraciones, la presente acción de tutela sí es el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales del accionante y para lograr el reconocimiento de su pensión de invalidez.”

Finalmente en la sentencia T-138 de 2012 la Corte manifestó en relación a la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, respecto de personas que padecen VIH-SIDA que:

“hay algunos grupos especiales para quienes el constituyente consagró un deber de especial protección y reconoció en la acción de tutela el mecanismo propicio de protección de los derechos vulnerados cuando quiera que el reconocimiento o restablecimiento y pago de una pensión suponga la protección de un derecho de alcance constitucional. Uno de estos grupos de especial protección lo conforman las personas con VIH-SIDA, por lo que esta Corporación, atendiendo a las características particulares de esta enfermedad, ha señalado que el enfermo de VIH-SIDA no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que las autoridades están en la obligación de ofrecerle a las personas afectadas con esta patología, protección especial con el fin de defender su dignidad”.

(...)

Ahora bien, desde la perspectiva de cuál es prima facie la acción jurídica de reclamo, la pensión de invalidez se presenta, -se insiste- prima facie, como un derecho de origen legal que busca una compensación de carácter económico por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, por lo cual en principio corresponde al juez laboral analizar su procedencia. Pero, adquiere relevancia constitucional para ser debatido en sede de tutela, entre otros casos, cuando su reconocimiento es solicitado por personas en situación de especial protección como los enfermos de VIH, por lo que hace pertinente la procedencia de la tutela para lograr el eventual reconocimiento del mismo y evitar con ello la ocurrencia de un perjuicio irremediable”.

En concordancia con esta línea argumentativa, este tribunal no sólo ha determinado la viabilidad de la acción de tutela respecto de personas que padecen VIH, sino que también ha garantizado la procedibilidad del amparo constitucional para quienes sufren de otras enfermedades congénitas o degenerativas que afectan las posibilidades de auto sostenimiento. Al respecto, en la sentencia T-561 de 2010 este tribunal conoció de una

accionante que padecía de “esquizofrenia esquizo-afectiva” y solicitaba el reconocimiento de la pensión a través del trámite tutelar. En dicha oportunidad se precisó que:

“En el presente caso se observa que la esquizofrenia esquizo-afectiva, que es la patología que aqueja a la persona necesitada de la protección tutelar, es una condición que afecta al paciente haciéndole difícil diferenciar entre experiencias reales e irreales, pensar de manera lógica, tener respuestas emocionales apropiadas ante los estímulos generados por otras personas y comportarse normalmente en situaciones sociales

Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”

Por esas razones, es evidente que no resulta viable que el juez de tutela mecánicamente niegue por improcedente un amparo constitucional aduciendo la existencia de otros medio de defensa, sin antes sopesar las particularidades propias de la enfermedad que aqueja al paciente, las cuales, como anteriormente se advirtió, pueden verse reflejadas en el porcentaje de pérdida decretado en el dictamen de disminución de la capacidad laboral.

#### 4. Evolución de los requisitos para acceder al derecho a la pensión

Establecida así la procedibilidad excepcional de la acción de tutela para solicitar prestaciones económicas que surgen del derecho a la seguridad social en pensiones, es necesario hacer un breve recuento de la evolución normativa de este derecho.

La implementación del sistema pensional en Colombia se remonta al año 1946, cuando se creó la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) y se establecen otras cajas a nivel local, que cubrían únicamente a los empleados del sector público. De esta manera se fundaron 1040 cajas de previsión, tanto nacionales como territoriales, que se financian principalmente con aportes del Estado Colombiano y de los trabajadores públicos[7].

En cuanto al desarrollo legislativo del sector privado y consecuentemente del público, la Ley 6 de 1945 señaló en sus artículos 14 y 17 que los trabajadores que laboraran en empresas cuyo capital excediera un millón de pesos, al igual que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente tendrían derecho a la pensión de jubilación si llegaban: “a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos” y tendrían derecho a una pensión vitalicia de jubilación “equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes”.

Para el año de 1950, con la expedición de el Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), el riesgo de invalidez de los trabajadores, fue asumido por el Instituto de los Seguros Sociales de conformidad con el artículo 259, numeral 2º el cual establece que: “las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio dejaran de estar a cargo de los empleadores cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto de los Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto”.

En desarrollo de dicha disposición y mediante Decreto 3041 de 1966 se expidió el reglamento general del ISS, el cual contemplaba los requisitos y formas en que se reconocerían las pensiones de vejez e invalidez. Así las cosas el artículo 11 establecía que tendrían derecho a la pensión de vejez: “los asegurados que reúnan los siguiente requisitos: (i) tener 60 años, o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer, y (ii) haber acreditado un número de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.

El sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, radicando las cotizaciones en cabeza del trabajador y el patrono. El modelo estaba sustentado en la existencia de un fondo común del que se pagaban las prestaciones[8].

Posteriormente, se expidió el Decreto 232 de 1984, el cual ajustó los requisitos de cotización para asegurar el reconocimiento de una pensión de invalidez, específicamente

dispuso que “la persona declarada invalida tenía derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez si acreditaba 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.”

A los pocos años, se dictó el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990 dictado por el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, norma que no realizó cambios sustanciales en los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, es decir, conservó las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores y las 300 en cualquier época.

Sin embargo, con la expedición de la Constitución de 1991, se alteró sustancialmente el paradigma legal y normativo que regía a la seguridad social, específicamente la Carta, en su artículo 48, consagró esta garantía como un derecho y como un servicio público de carácter obligatorio que se presta conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La seguridad social se encuentra prevista en la Constitución como un derecho económico y social. En virtud de tal reconocimiento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que: “en cuanto a su naturaleza jurídica el mismo se identifica como un derecho prestacional[9]. Ello es así, por una parte, porque todas las personas tienen el derecho de exigir un conjunto de prestaciones a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, no solamente dirigidas a garantizar los derechos irrenunciables de las personas, sino también a obtener una calidad de vida acorde con el principio de la dignidad humana[10], y por la otra, porque para asegurar su efectiva realización, se requiere en la mayoría de los casos acreditar el cumplimiento de normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio económico y financiero del sistema[11]”.

Bajo la vigencia de la nueva Constitución se expidió la Ley 100 de 1993. Esta normatividad concretó en sus artículos 38 y 39 los requisitos mínimos para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para considerar a una persona inválida (art 38):

"se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".

Para acceder a la pensión de invalidez se requiere (art 39):

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

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."

Ley 100 de 1993, tuvo dos reformas. La primera, con la expedición de la Ley 797 de 2003, que en su artículo 11 había dispuesto nuevas y más rigurosas exigencias para el reconocimiento de la pensión de invalidez, fue declarada inexistente por la Corte Constitucional, en sentencia C-1056 de ese mismo año, por haber incurrido en vicios de trámite durante su expedición[12].

Posteriormente, la ley 860 de 2003 señaló los nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez, los cuales pueden ser sintetizados así: (i) invalidez causada por enfermedad o accidente de origen común cuando el beneficiario tiene 20 o más años, requiere de 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; (ii) si la invalidez es causada por enfermedad o accidente de origen común, cuando el beneficiario es menor de 20 años de edad, requiere de 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria; (iii) si el afiliado cotizó 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 3 años, y (iv) fidelidad del 20% al sistema después de tener 20 años de edad.

Sin embargo, ante la evidente regresividad que planteaba el requisito de fidelidad al sistema, la Corte, en sentencia C-428 de 2009, estudió el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y consideró "resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo anteriormente contemplado en el precepto 39 de la Ley 100 de 1993", por lo cual declaró inexistente este último requisito.

La pensión de invalidez por accidentes de trabajo y enfermedad profesional está consagrada en el capítulo I del libro tercero de la Ley 100. Este, en síntesis, establece que la calificación del estado de invalidez derivado de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional se sujeta a lo dispuesto para calificación de la invalidez de origen común. Así las cosas, si bien existen diferencias sustanciales en torno al porcentaje de la prestación, el titular de la obligación y el reconocimiento de derechos, a grandes rasgos podría establecerse que los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad o accidente de origen laboral, son los mismos que contempla el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

5. La aplicación de los principios de progresividad y primacía de la realidad respecto de personas declaradas inválidas, cuando estas han continuado realizando aportes al sistema general de pensiones

5.1. Una vez expuesta la evolución normativa concerniente a la pensión de invalidez y los requisitos que se deben reunir para su reconocimiento, es pertinente hacer claridad sobre la aplicación del principio de progresividad en la misma.

Sobre la definición legal de invalidez e incapacidad, el artículo 2º del Decreto 917 de 1999 establece lo siguiente:

Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%.

Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.

Se entiende como trabajo habitual aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social”.

Así las cosas, puede decirse que de conformidad al artículo 38 de la ley 100 de 1993 y 2º

del Decreto 917 de 1999, para que una persona acceda a los beneficios consagrados en la pensión de invalidez se requiere como primer elemento, una pérdida de capacidad mayor al 50%, que merme su fuerza laboral, trayendo como consecuencia la imposibilidad de desempeñar un trabajo u oficio.

Igualmente, el artículo 3º del Decreto en mención señala que el momento de estructuración de la invalidez de una persona es “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”.

Cabe señalar que a nivel jurisprudencial se ha definido que una persona es inválida cuando no puede obtener los medios necesarios para su subsistencia ejerciendo la actividad que habitualmente desempeñaba, por la disminución o pérdida de sus capacidades intelectuales y/o físicas. Desde antaño, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que “una persona es declarada inválida, el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia[13]”.

Respecto a este planteamiento, es evidente que quien ha perdido su capacidad laboral en razón al intempestivo y súbito detrimiento de sus más elementales funciones físicas o psíquicas, no podrá seguir aportando al sistema general de seguridad social, ni en riesgos profesionales ni en pensiones, por la evidente razón de que el asegurado, debido al acontecimiento ajeno y externo ya no puede seguir laborando.

De este modo, en la mayoría de casos no existe duda de la fecha exacta de estructuración de la invalidez, ya que esta surge en un momento preciso. Sin embargo, existen varios supuestos que han sido analizados por la jurisprudencia, en los cuales la fecha de estructuración no puede ser determinada empleando los criterios comunes de valoración médica. Téngase lo señalado por esta corporación en sentencia T-885 de 2011:

“Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral”

En este sentido la Corte ha evidenciado a través de su jurisprudencia que existe un problema de aplicación legal que se presenta cuando se está en presencia de enfermedades degenerativas, cuyos primeros síntomas o diagnóstico son disímiles de la fecha en que efectivamente la persona no puede seguir desarrollando su trabajo. Así las cosas, a modo de ejemplo puede que una persona sea diagnosticada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el año 2003, pero sus efectos nocivos solo se evidencien hasta el presente, eso quiere decir que si bien se descubrió la enfermedad una década antes, no significa también que esta sea la fecha en la que efectivamente la persona no pudo seguir trabajando por haber perdido su capacidad laboral.

En el caso de lo que comúnmente se conoce como SIDA[14], hay que precisar que un aspecto inicial de la enfermedad es la detección de la inoculación del virus del VIH, caso en el cual el paciente adquiere el carácter de seropositivo, lo cual no significa que automáticamente se diezme su sistema inmunológico. Esto en razón a que hasta el día de hoy no existe una vacuna 100% efectiva que elimine la patología del sistema, y lo que ocurre es que “eventualmente, un seropositivo desarrollará los síntomas del sida en el lapso de 5 a 8 años o más después de la infección[15]”, más no en el momento del contagio.

En este contexto, es posible que en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, se den casos en donde el paciente diagnosticado como seropositivo continúe trabajando y cotizando al sistema de seguridad social por años e incluso décadas, y solo se le imposibilite desempeñar sus labores cotidianas hasta mucho tiempo después. En este evento debe entenderse la fecha de estructuración desde el momento en que efectivamente no pudo seguir trabajando, y no en la fecha en que fue detectada la enfermedad.

En desarrollo de lo anterior, este tribunal reitera lo señalado en la sentencia T-699A de 2007, al analizar un caso en el que una persona enferma de SIDA, había cotizado al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez:

“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”.

Siguiendo ese mismo precedente, en la sentencia T-710 de 2009, la Corte en un asunto en el cual una persona que padecía VIH solicitaba el reconocimiento de la pensión mediante la acción de tutela, determinó:

“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”.

Igualmente, en la sentencia T-885 de 2011, este tribunal analizó un asunto con los siguientes supuestos de hecho: (i) el accionante era portador de VIH para el año de 1997; (ii) la enfermedad era asintomática, por lo tanto no le presentó ningún tipo de problema que le impidiera trabajar; (iii) en el 2009 empezó el deterioro de su salud, lo que le impidió continuar desempeñándose normalmente; (iv) el ISS le diagnosticó pérdida de capacidad laboral del 66.15%, estructurada a partir del 24 de noviembre de 1998, (v) la interpretación adoptada por el Seguro Social desconocía las cotizaciones realizadas por el accionante durante los últimos 12 años que aportó al sistema.

En dicha providencia se determinó lo siguiente:

“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 que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.

(...)

Existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. 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”

En concordancia con esta línea jurisprudencial, en la sentencia T-138 de 2012 esta corporación determinó:

“la fecha de la invalidez debe corresponder al momento preciso en que la persona pierde la capacidad de laboral; por lo cual resulta errado que las juntas de calificación tomen como fecha de estructuración de la invalidez la fecha en que diagnosticó la enfermedad. En este orden, lo primero que se debe aclarar es que la fecha de estructuración de una enfermedad de deterioro progresivo establecida por las juntas de calificación no necesariamente describe el momento en que se diagnosticó la enfermedad como tal.”

Ahora bien, esta corporación no solo ha aplicado estos precedentes en supuestos en los que el accionante es portador de la enfermedad VIH-SIDA, ya que en reiteradas oportunidades lo ha aplicado en asuntos donde el peticionario padece de una enfermedad degenerativa y de deterioro progresivo. Ejemplo de lo anterior es la sentencia T-561 de 2010 en la cual este tribunal falló un asunto con los siguientes antecedentes: (i) la accionante se afilió al ISS en el año de 1983 y cotizó de manera ininterrumpida por más de 23 años; (ii) fue declarada

inválida por padecer una enfermedad de origen mental; (iii) la fecha de estructuración se fijó en el mismo año de la afiliación, es decir 1983; (iv) por esa razón se determinó la imposibilidad de conceder el derecho a la pensión.

En dicha providencia la Corte expuso lo siguiente:

"Ahora bien, la negativa del Seguro Social a reconocer la pensión de invalidez reclamada, se justifica en el hecho de que según el dictamen expedido por la respectiva Junta de Calificación, la fecha de estructuración de la invalidez de la actora se fijó en una fecha transcurrida casi 21 años atrás, reduciendo a tan sólo 17 semanas el tiempo cotizado por la actora con antelación a la estructuración de tal invalidez, no cumpliéndose por ello con las cotizaciones mínimas exigidas por la normatividad vigente para la época, para asegurar ese reconocimiento pensional.

Con todo, la posición asumida por el Seguro Social en el caso de la señora Currea Peñuela, desconoce ilegítimamente sus derechos fundamentales y la expone a una situación tan grave como insostenible. Recuérdese que de tiempo atrás se ha definido 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.

(...)

En casos como el de la señora Currea Peñuela, es evidente que si su intención hubiese sido la de defraudar al sistema de seguridad social en pensiones, iniciando aportes a pensión con el único fin de acumular apenas las semanas requeridas por la ley para obtener el reconocimiento prestacional, se hubiere justificado una decisión como la proferida por el Seguro Social. Además, posiblemente hubiera abandonado la cotización una vez transcurrido el tiempo mínimo requerido, en lugar de prolongarla por más de veinte años en forma ininterrumpida, como en este caso ocurrió".

5.2. Así las cosas, esta Sala evidencia que existe un problema de aplicación de la ley, consistente en la inobservancia de los anteriores precedentes al momento de determinar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral cuando se está en presencia de enfermedades de carácter degenerativo. Suele adoptarse como momento en que el

paciente quedó inválido el día en el aparecieron los síntomas o cuando es detectada la enfermedad, desconociendo de esa forma el deber de garantizar la primacía de la realidad y la obligación de actuar conforme al principio de buena fe. Sobre esta práctica contraria a la constitución la sentencia T-885 de 2011 determinó:

“Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. 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 tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.”

Sobre este último aspecto, la Corte en sentencia T-594 de 2011 reiteró el deber de garantizar la aplicación del principio de primacía de la realidad al momento de estructurar el dictamen de invalidez tratándose de enfermedades degenerativas. Sobre el particular expuso:

“Actualmente pueden acceder al derecho a la pensión de invalidez quienes logren demostrar: (a) que han perdido el 50% o más de su capacidad laboral y (b) que han realizado cotizaciones iguales o superiores a 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o, en algunos casos, para enfermedades de tipo progresivo, teniendo en cuenta la fecha de la calificación de la misma[16].

Esta última subregla, aparentemente extraña al contenido de la Ley 100, se ha fundado dentro de la jurisprudencia constitucional a partir de los principios de favorabilidad y de primacía de la realidad sobre las formas, contenidos en el artículo 53 de la Carta, y en

desarrollo de la premisa según la cual los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral no son intangibles y deben respetar los derechos de los trabajadores y el debido proceso”

Y es que debido a esta aplicación incorrecta por parte de algunas Juntas Calificadoras sobre el momento en que se estructura la invalidez, actualmente la jurisprudencia de esta corporación ha tenido que intervenir para remediar este defecto de aplicación de las garantías a las personas que padecen enfermedades degenerativas.

Sobre este aspecto la T-509 de 2010 manifestó:

“La determinación de la fecha de estructuración de invalidez ha de establecerse de manera exacta, y no debe confundirse con una simple situación incidental o un episodio clínico aislado, que repose o esté acreditado en la historia clínica de la persona, pues si bien esta información es un testimonio documental del motivo de una enfermedad, que puede ser el origen y causa de la posterior invalidez, en ese momento, la aparición de esa enfermedad, no tiene la entidad suficiente para que sea la razón para declarar la invalidez de la persona, y por ello, no podrá ser tenido como la fecha en que tal invalidez se estructuró.

Se hace esta claridad, pues en enfermedades que por su evolución y complejidad suelen ser degenerativas y catastróficas, como es el caso del VIH-SIDA, la persona diagnosticada como portadora de esta enfermedad, puede continuar con una vida relativamente normal, y seguir trabajando y realizando cotizaciones por períodos de tiempo bastante largos, cotizaciones que son lo suficientemente importantes y valiosas como para que, llegado el momento en que definitivamente su enfermedad le impida seguir laborando, no sean tenidas en cuenta al momento de ser calificada como persona inválida.”

Cualquier tipo de interpretación que desconozca los aportes efectivamente realizados por las personas que padecen enfermedades de carácter degenerativo debe ser reprochado por el juez constitucional. Sobre este aspecto las sentencias T-699A de 2007 y T-833 de 2011 determinaron:

“Es evidente que el juez constitucional no debe olvidar la especial condición de vulnerabilidad del sujeto que reclama la protección de sus derechos, y del enorme esfuerzo que, en no pocos casos, estas personas hacen al insistir en seguir cotizando al SGSS, a

pesar del avance progresivo de la enfermedad y del inevitable cese de su actividad laboral ante el contundente deterioro de su salud, lo que los obliga en ese momento, a solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación. 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".

Por último, se debe resaltar que la anterior forma de computar las cotizaciones efectuadas se refiere a aquellos casos en los que las enfermedades de tipo degenerativo permitieron al beneficiario seguir trabajando y cotizando al sistema de seguridad social, ya sea porque en los primeros años de la enfermedad esta no manifestaba sus síntomas, o bien porque el accionante superó las limitaciones y logró ejercer su labor por una continuidad de tiempo considerable. Esta tesis no aplica cuando una persona a la que ya se le hubiere practicado la calificación en la que constase el estado de invalidez pretenda que se tengan en cuenta las cotizaciones que, ilegalmente, pudiese haber hecho después de la certificación de la misma.

## 6. Principio de favorabilidad respecto de personas declaradas inválidas

La Ley 6 de 1945 estableció la favorabilidad en la legislación colombiana, al señalar en su artículo 36 que "Las disposiciones de esta sección y de la sección segunda, en cuanto sean más favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regulen la materia a que aquella se refieren a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran más favorables a los trabajadores". Por su parte, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que: "en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador, evento en el que la regulación que se adopte deberá aplicarse en su integridad".

Esta corporación ha detallado la naturaleza y alcance del principio de favorabilidad en materia laboral. Sobre este aspecto en la sentencia SU-1185 de 2001 la Sala Plena sostuvo lo siguiente:

"En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al

operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley”

El principio de favorabilidad en materia laboral opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. Su razón de ser es la protección al trabajador debido a su situación de debilidad económica o material[17]. Este tribunal ha señalado que existe un problema de interpretación cuando “hay duda sobre cuál sea la ley aplicable, pero también cuando la norma en cuestión admite más de una lectura y se duda cuál de estas se debe aplicar al caso concreto. Sin embargo cuando la discusión involucra los derechos de los (las) trabajadores(as), por mandato constitucional, se debe seleccionar entre dos o más entendimientos posibles de una norma aquel que favorece al trabajador(a) y no el que lo (la) desfavorece o perjudica”[18].

En concordancia con esta línea argumentativa, el artículo 3º del decreto 917 de 1999, establece que el momento de estructuración de la invalidez es “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.”. A su vez la Corte Constitucional, ha determinado que el régimen jurídico aplicable al momento de reconocer una pensión de invalidez en principio, es el vigente al momento de estructurarse la misma. La sentencia T-043 de 2007 sobre ese aspecto manifestó lo siguiente:

Actualmente, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez se encuentran consagrados 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.”.

Sin embargo, este tribunal se ha pronunciado sobre la pensión de invalidez de las personas

cuando se evidencia la expedición de una normatividad que consagra requisitos más gravosos para acceder a una prestación propia de la seguridad social. Específicamente se ha analizado la relación existente entre la aplicación del principio de favorabilidad cuando existe sucesión de leyes en el tiempo, detallando el efecto nocivo de la ausencia de un régimen de transición respecto de supuestos en los que la normatividad posterior desconoce la previa consolidación de prestaciones. Expuso esta corporación en la sentencia T-1064 de 2006 lo siguiente:

“Se ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social. Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo períodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión[20], lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.

En torno al cumplimiento de los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, se debe distinguir entre dos tipos de sujetos, ya que por un lado, están las personas que ingresaron al sistema de seguridad social antes de que se expediera la nueva legislación, pero no cumplieron con los requisitos que la primera disposición establecía. A este tipo de personas no podría cobijársele de alguna manera con los beneficios consagrados en la anterior ley, ya que en ningún momento se consolidó algún tipo de expectativa para ellos.

Por otro lado, están las personas que cumplieron a cabalidad con las semanas de cotización y el tiempo de permanencia al sistema que consagraba la anterior ley, pero debido a la

modificación, en la nueva disposición se hizo más gravoso acceder a las prestaciones que consagra la nueva normatividad. A este tipo de sujetos y dependiendo de las características propias de la incapacidad, las semanas y aportes con las que contribuyó al sistema, podrían aplicársele las disposiciones contenidas en el anterior régimen legal, en razón al principio de favorabilidad.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha manifestado lo siguiente[21]:

“Se debe tener en cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, 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.

Sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la Justicia y la equidad permiten desconocer. Más aun cuando la entidad obligada a reconocer la pensión de invalidez ya lo estaba dentro del antiguo régimen, sin que ahora pueda escudarse en el nuevo, para abstenerse de cumplir ese deber jurídico que de antemano ya pesaba sobre tal entidad”.

Sobre este último aspecto, es decir respecto del deber de aplicar el principio de favorabilidad cuando el accionante cumplió con los requisitos bajo la anterior legislación, esta corporación en sentencia T-062A de 2011 manifestó:

“Si el afiliado había cumplido requisitos más estrictos, al amparo de una legislación anterior, para acceder a la pensión de invalidez, no resultaba proporcionado ni conforme a los

principios constitucionales de la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa, que se negara la prestación con base en la aplicación del nuevo régimen, incluso en el evento que la estructuración de la invalidez hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley 100/93”

Siguiendo ese mismo precedente, recientemente en la sentencia T-138 de 2012 la Corte estableció que en determinados casos se debe aplicar la ley más favorable independientemente de que esta haya sido derogada, si la nueva disposición no consagra un régimen de transición que permita a los afectados adaptarse a esta nueva situación, siempre y cuando esta sea más restrictiva. En ese caso se determinó que:

“En efecto el numeral 1º del artículo 1º de la ley 860 de 2003 exige un mayor número de semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, afectando a las personas que han cumplido con los requisitos de las normas anteriores y por efecto de la declaratoria de pérdida de la capacidad laboral no pueden continuar cotizando para obtener la pensión de invalidez y con ocasión de los cambios legislativos resultan gravemente afectados. Esta situación ha sido considerada como una medida regresiva y por ello en ciertos casos especiales se ha dado aplicación al principio de favorabilidad en la medida que los requisitos exigidos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 resultan menos gravosos que las disposiciones actuales en materia de pensión de invalidez”.

Así las cosas el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas además de ser un mandato constitucional, encuentra respaldo en la legislación y en toda la doctrina y jurisprudencia laboral y de seguridad social. Por esto, debe ser empleado cuando se presentan los supuestos anteriormente referenciados, esto con el fin de amparar las garantías constitucionales de las personas que previamente habían consolidado dichas prerrogativas en su favor.

## 7. Casos en concreto

### 7.1. Expediente T-3.994.183

El primer caso[22] hace parte del conjunto de expedientes que fueron acumulados mediante auto del 15 de agosto de 2013 por la Sala de Selección de Tutelas número ocho. Consiste en la solicitud de protección de derechos elevada por una persona, que pese a tener una

pérdida de la capacidad laboral del 57.5%, según consta en el primer dictamen que se le realizó, no tuvo acceso a la pensión de invalidez debido a que la fecha de estructuración fue estimada para el 13 de noviembre de 1997, cuando a la actora se le descubrió una enfermedad de deterioro progresivo conocida como: "artritis reumatoidea, diabetes mellitus, e hígado graso medicamentoso".

No obstante pese a las restricciones propias de su condición que le hacen difícil desplazarse dentro de cualquier espacio laboral, la actora afirma y prueba que pudo continuar trabajando durante más de 9 años continuos, lapso durante el cual se vio obligada a efectuar las cotizaciones respectivas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

La AFP demandada niega la prestación y la vulneración de los derechos fundamentales, con base en la fecha de estructuración de la invalidez que arrogaron los dos dictámenes practicados. En su entender para el momento en que perdió su capacidad de trabajo (13 de noviembre de 1997) Mercedes Villamarín Herrera no contaba con los requisitos que contemplaba el artículo 39 de la ley 100.

Las instancias judiciales que conocieron de la solicitud de amparo cotejaron que la fecha de estructuración impide el reconocimiento de la prestación y argumentaron que la acción de tutela no es procedente para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez, debido a la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial.

Como consecuencia de lo expuesto y teniendo en cuenta el contenido de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, esta Sala evidencia que la discusión que subyace la protección de los derechos en el presente caso se limita a una sola de las exigencias de la pensión, es decir, la fecha de estructuración de la invalidez. Para la actora constituye vulneración de sus derechos y un enriquecimiento ilícito de COLPENSIONES que esta AFP desconozca las cotizaciones que ha realizado durante más de 9 años. La demandada no presentó excepciones en el proceso de tutela.

En primer lugar y previo a definir qué criterios jurisprudenciales son aplicables a la definición de la fecha de estructuración de la invalidez, la Sala advierte que el asunto presentado por la ciudadana Mercedes Villamarín Herrera refleja claramente la existencia de una afectación múltiple a sus derechos fundamentales, lo cual amerita la procedencia

de la acción de tutela en los términos expresados por la jurisprudencia de esta corporación. Esto en razón a que no hay duda que debido a la condición de discapacidad que aqueja a la peticionaria, aunada a las afectaciones físicas y corporales que ha venido acumulando con el tiempo, implican la existencia de una situación que requiere medidas urgentes e imposergables. Basta con contemplar la historia clínica que fue adjuntada con el escrito de tutela[23], para comprobar que se trata de una persona que ha acumulado afecciones delicadas, que indubitable y progresivamente le han impedido seguir trabajando y que inexorablemente le dificultan a un grado extremo desarrollar cualquier tipo de actividad en este momento.

Ninguno de los fallos de instancia analizó las particularidades propias del caso, específicamente lo complejo y agresivo de la enfermedad, la cual pasó de mermar las capacidades de la accionante de un 57.5% en el primer examen realizado, a un 60,34% en el segundo, lo cual evidencia la gravedad e inminencia del perjuicio que se le causaría a la peticionaria si tuviese que soportar un proceso ordinario laboral para que se le reconozca la pensión de invalidez. En su lugar, sin detenerse a reconocer que su condición le impide trabajar en la actualidad, asumieron que la tutelante podía derivar por sí misma su propia subsistencia.

En contraste, para esta Sala el desconocimiento de tales circunstancias y la conclusión de que su vida laboral puede proseguir de manera normal sin el reconocimiento de la pensión de invalidez, implican el desconocimiento de las garantías constitucionales consagradas en la Carta del 91. Con fundamento en lo anterior, esta corporación considera que en el asunto específico procede la acción de tutela como mecanismo definitivo para cuestionar la negativa de COLPENSIONES en reconocer la prestación solicitada.

En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado, de manera excepcional, la viabilidad de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento, restablecimiento y pago de derechos pensionales, aún en presencia de otros medios de defensa judicial, “cuando se ha advertido que de tal reconocimiento depende la protección de otros derechos de raigambre constitucional”[24].

Sobre el asunto específico se debe recordar que en sentencias T-671 de 2011, T-885 de 2011 y T-163 de 2011 se resaltó que:

“La jurisprudencia ha explicado que las regulaciones sobre el tema disponen que la fecha de la invalidez corresponde al momento preciso en que la persona pierde la capacidad laboral. Por ello, explica la Corte, en algunos casos ha resultado errado que las juntas de calificación tomen como fecha de estructuración de la invalidez la fecha en que diagnosticó la enfermedad. Pues, dicha fecha no representa el momento en que la persona ya no puede laborar más. Por lo cual, se deben contar las cotizaciones realizadas hasta el momento en que se dictamina la calificación de la invalidez en un porcentaje superior al 50%. Y, a partir de dicha fecha (de la calificación) exigir el requisito de las cotizaciones mínimas. Esto, en tanto que el diagnóstico de una enfermedad de deterioro progresivo no significa per se la incapacidad de seguir laborando.”

Cuando se presentan asuntos como el actual, reconocer la buena fe de la actora es un elemento esencial para poder disponer del amparo constitucional, ya que no en todos los casos en los que se registren cotizaciones después de que se estructure la fecha de incapacidad, cuando existe una enfermedad degenerativa, se genera “per se” la legalidad de las mismas. Sin embargo, en el caso concreto los jueces de instancia empleando criterios como la sana crítica y la lógica de lo común habrían podido inferir del expediente que la peticionaria lejos de quererse aprovechar ilegítimamente del sistema, al cotizar a sabiendas de que era una persona que supuestamente había perdido el 50% de su capacidad laboral, ha sido una trabajadora que con posterioridad a su primera calificación siguió laborando durante más de 9 años.

Aunado a lo anterior, en contraste con lo estimado por las instancias, y siguiendo la línea de jurisprudencia recopilada en la sentencias T-163 de 2011 y T-710 de 2009, la Sala estima que la fecha de estructuración establecida en el dictamen no tiene ánimo vinculatorio para determinar el acceso a la pensión de invalidez, en razón a que es contraria a la constitución política.

Respecto a la fecha de estructuración de la primera invalidez establecida el 13 de noviembre de 1997 subyace un razonamiento de carácter inconstitucional, que consiste en que quien sufra de deformaciones en las extremidades<sup>[25]</sup> queda automáticamente excluido de toda expectativa laboral y, como consecuencia, de cualquier esperanza de cobertura de la seguridad social. Esta postura es contraria a los principios constitucionales reconocidos en nuestra Carta, en la medida en que niega la posibilidad de que las personas

en situación de discapacidad puedan integrarse y desempeñarse en el empleo formal.

En aplicación del principio de primacía de la realidad, la fecha de estructuración de la invalidez “debe comprobarse en términos materiales y no solamente formales”[26]. En estos términos, para la Corte Constitucional es claro que el solo diagnóstico de “artritis reumatoidea” en el año de 1997 no constituyó una pérdida de la capacidad de tal magnitud, que le impidiera acceder a un empleo; en su lugar, es menester definir un momento diferente, de manera que sea compatible con criterios técnicos y, por supuesto, con los postulados constitucionales y legales respectivos. La Sala no pasa por alto que habrá eventos en los cuales una discapacidad efectivamente constituya la imposibilidad real de desempeñar un empleo específico, pero “solo cada caso y según sus circunstancias, puede mostrar al calificador las limitaciones y restricciones a la empleabilidad[27]”. Asunto que conforme a lo detallado anteriormente no es el caso de la señora Mercedes Villamarín Herrera.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, es evidente que a la peticionaria se le están vulnerando sus derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela, debido a la decisión contraria a la constitución adoptada por COLPENSIONES. Así las cosas, la Corte tomara como fecha de estructuración de invalidez, aquella en la cual se profirió la última resolución, es decir, el 22 de febrero de 2010.

Bajo tales condiciones, la Sala comprueba que la accionante reúne los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de invalidez de conformidad con los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, en razón a que posee más de 50 semanas de cotización en los últimos tres años, si se toma como fecha de estructuración la del momento en el cual se expidió el dictamen de invalidez.

En este orden de ideas y de conformidad a lo anteriormente expuesto, se ordenará a COLPENSIONES reconocer y pagar a la actora la pensión de invalidez como mecanismo definitivo debido a la existencia de una afectación múltiple a sus derechos fundamentales. Por ello, revocará el fallo de segunda instancia y, en su lugar, prescribirá que la AFP accionada en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que la señora Mercedes Villamarín Herrera disfrute de la prestación solicitada, lo cual no podrá exceder el término de 20 días calendario.

## 7.2. Expediente T-4.001.758.

Al igual que en el caso anterior, en este asunto el señor Fernando Alberto Herrera Zapata solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Particularmente, en este evento pone de presente que padece la enfermedad VIH-SIDA y que ha sido calificado con un 71.10% de pérdida de la capacidad laboral, cuya fecha de estructuración data del 30 de diciembre del año 2000 según dictamen expedido por la Comisión Médico Laboral, de la Gerencia

El juez de instancia única que conoció del amparo denegó la protección por la existencia de otros medios judiciales de defensa y debido a que no evidenció la existencia de un hecho que justifique no acudir a los mismos.

Siguiendo los criterios expuestos y atendiendo las pruebas allegadas con el expediente, el cual se compone principalmente de los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral practicados por la Gerencia de Atención al Pensionado del ISS y el listado de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES, la Sala concluye que la acción de tutela impetrada es procedente como mecanismo definitivo debido a la existencia de una afectación múltiple a los derechos fundamentales del actor, más aún si se tiene en cuenta la naturaleza de la enfermedad que padece y el alto grado de invalidez que lo afecta.

De las pruebas aportadas la Sala comprueba que en el caso del señor Fernando Alberto Herrera Zapata, el momento en que se estructuró la supuesta pérdida de capacidad hasta el día de hoy ha cotizado más de 325.72 semanas[28], es decir ha laborado y aportado al sistema de seguridad social durante más de 82 meses, en otros términos, durante casi 7 años. Sin embargo, como se observa, gran parte de las cotizaciones efectuadas por el actor son desconocidas por el fondo de pensiones bajo el entendido de que la enfermedad se estructuró hace más de 13 años.

Al respecto, en un caso similar al presente en la sentencia T-699A de 2007 la Corte señaló que:

“Es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, puedan darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado

capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez”

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto es evidente que al peticionario se le están desconociendo los casi 7 años que trabajó y aportó al sistema, debido a que la decisión de COLPENSIONES es contraria a la constitución, ya que: (i) está probado en el expediente que el accionante continuó prestando sus servicios y (ii) la Corte entiende que una persona que realmente tenga una pérdida de capacidad laboral del 71.10%, jamás habría podido efectivamente laborar durante el tiempo y periodo en el que lo hizo el actor.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, es evidente que a al peticionario se le están vulnerando sus derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela, debido a la decisión contraria a la constitución adoptada por COLPENSIONES. En este orden de ideas, la Corte tomara como fecha de estructuración de invalidez, aquella en la cual se profirió la última resolución, es decir, el 18 de mayo de 2012.

Bajo tales condiciones, la Sala comprueba que el peticionario reúne los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de invalidez de conformidad con los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, en razón a que posee más de 50 semanas de cotización en los últimos tres años, si se toma como real fecha de estructuración, la del momento en el cual se practicó el dictamen de invalidez.

Con fundamento en lo anterior y de conformidad a lo expuesto, se ordenará a COLPENSIONES reconocer y pagar al señor Fernando Alberto Herrera Zapata la pensión de invalidez. Por ello, revocará el fallo de única instancia y, en su lugar, ordenará que en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que la actora disfrute de la prestación solicitada, lo cual no podrá exceder el término de 20 días calendario.

### 7.3. Expediente T-3.942.900.

En este último asunto la solicitud de protección de derechos es elevada por una persona que mediante resolución del 15 de junio de 2012, le fue reconocida pérdida de capacidad laboral del 67.70% por la Comisión Médico Laboral de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS, por ser portador de la enfermedad VIH- SIDA, cuya fecha de

estructuración data del 9 de marzo de 2012.

En este evento, a diferencia de las múltiples ocasiones en las que ha conocido esta corporación de sujetos que han sido declarados inválidos por padecer la enfermedad VIH, la censura de la fecha de estructuración es extrañamente reciente. Esta conducta, en el mejor de los casos, sería un buen ejemplo de las prácticas que deben seguir los fondos de pensiones cuando determinan el momento exacto de estructuración de enfermedades de carácter degenerativo, sin embargo, COLPENSIONES considera que el accionante no cumple con los requisitos establecidos en la ley, ya que sólo ha cotizado 41 semanas en los últimos 3 años.

Ahora bien, el accionante solicita mediante la acción de tutela que se le apliquen las disposiciones contenidas en el artículo 6 del decreto 758 de 1990[29]. Según el Luis Fernando Cañar Cerón está plenamente demostrado que ha cotizado al sistema de seguridad social más de 300 semanas en cualquier época, por lo cual debe reconocerse la prestación solicitada. Sin embargo y tal como se explicó en la parte motiva de esta sentencia, si bien la Corte ha permitido que en aplicación del principio de favorabilidad en un caso concreto se empleen las disposiciones del anterior régimen de pensión, esto solo sucede cuando “este resulta más favorable” y “cuando previamente el accionante cumplía los requisitos que contemplaba la anterior disposición”.

En el asunto específico está demostrado que el accionante, para el momento de expedirse la normatividad en mención, no había cumplido con los requisitos que contempla el citado decreto, razón por la cual no podría accederse a su pretensión. Téngase lo señalado por esta corporación en sentencia C-168 de 1995:

“La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”(Negrillas y cursiva fuera de texto)

Sin embargo, esta Sala después de observar detalladamente el material probatorio obrante en el expediente, evidencia que el señor Luis Fernando Cañar Cerón, desde su iniciación en

la vida laboral ha cotizado en diversas oportunidades, prueba de ello es que a la fecha tiene reportadas más de 452 semanas al sistema. Si analizamos su última vinculación laboral podríamos afirmar que desde el 1º de mayo de 2011 hasta la fecha, el peticionario ha cotizado más de 102 semanas.

Así las cosas en el presente caso está demostrado que el accionante ha seguido desempeñado su trabajo hasta la actualidad. Razón por la cual no debe desconocerse que tratándose del virus del VIH- SIDA la pérdida de capacidad laboral no es inmediata sino progresiva, y en ese contexto es inconstitucional que el fondo de pensiones no tenga en cuenta las cotizaciones que el accionante realizó desde la estructuración de la invalidez hasta que efectivamente se presentó la disminución real de capacidad laboral.

Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-509 de 2010.

"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 la que se profiere el dictamen que determina dicha estructuración

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.

(...)

En el caso particular de las enfermedades degenerativas, que como sucede con el VIH-SIDA, permiten que quien sea portador o padezca una enfermedad de estas características, logre desarrollar una actividad económicamente productiva, y que a consecuencia de su actividad laboral, realice aportes o cotizaciones al sistema pensional, en períodos de tiempo que pueden extenderse hasta por varios años[30]"

Bajo tales condiciones, la Sala concluye que en este caso también procede la protección de

los derechos fundamentales invocados, en razón a que se comprueba que el peticionario reúne los requisitos para acceder de manera definitiva a la pensión de invalidez de conformidad al Decreto 2591 de 1990.

En virtud a lo anterior este tribunal procederá a revocar el fallo de única instancia y ordenará a COLPENSIONES que en el término de 48 horas proceda a iniciar el trámite necesario para reconocer y pagar la pensión del señor Luis Fernando Cañar Cerón. Este trámite no podrá superar el término de 20 días calendario.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

Primero. Dentro del expediente T-3.994.183, REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral del 28 de junio de 2013, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, del 22 de mayo de 2013, que denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por la señora Mercedes Villamarín Herrera. En su lugar, CONCEDER la tutela de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, y al mínimo vital y ORDENAR a COLPENSIONES que, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en esta providencia, en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que a la actora le sea reconocida de manera definitiva y empiece a pagársele la pensión de invalidez, lo cual no podrá exceder el término de 20 días calendario.

Segundo. Dentro del expediente T-4.001.758, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Medellín del 30 de mayo de 2013, que denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor Fernando Alberto Herrera Zapata. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, a la igualdad y al mínimo vital, y ORDENAR a COLPENSIONES que teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en esta providencia, en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que al actor le sea reconocido de manera definitiva y empiece a pagársele la pensión de invalidez, lo cual no podrá exceder el

término de 20 días calendario.

Tercero. Dentro del expediente T-3.942.900, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Único Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pasto, del 15 de abril de 2013, denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor Luis Fernando Cañar Cerón. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, al derecho de petición, a la subsistencia digna y al mínimo vital por los argumentos presentados en esta providencia. y ORDENAR a la COLPENSIONES que en el término de 48 horas inicie los trámites pertinentes para que el actor le sea reconocido de manera definitiva la pensión de invalidez, este procedimiento no podrá exceder el término de 20 días calendario.

Cuarto. Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La acción de tutela no refiere la fecha en la que el actor elevó la solicitud, ni de las pruebas en el expediente puede determinarse.

[2] La resolución expedida por COLPENSIONES no establece qué régimen cobija la solicitud del actor, pero se entiende que la decisión adoptada se fundamentó en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, con sus actuales reformas.

[3] Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

[4] Sentencia T-145 de 2011.

[5] Cfr. Sentencia T-106 de 1993.

[6] Sentencias T-505 de 1992 y T-271 de 1995.

[8] Sentencia C-258 de 2013.

[9] Sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

[10] Sentencia C-432 de 2004.

[11] Sentencia C-227 de 2004 Y C-111 de 2006.

[12] El contenido del referido artículo 11 de la Ley 797 de 2003, disponía lo siguiente:  
Artículo 11. 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 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 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. (2). Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. Parágrafo. Los menores de 20 años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria."

[13] Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación del 17 de agosto de 1954

[14] El SIDA no es el virus que diezma al sistema inmune, el Sida es el conjunto de enfermedades que ingresan al organismo como producto de la infección causada por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).

[15] Cfr. Mercedes Diez Ruiz-Navarro y Asunción Díaz Franco, «Evolución del sida en

España», Investigación y Ciencia, 442, julio de 2013, págs. 60-64 (61)

[17] Sentencia T-138 de 2012.

[18] Sentencia T-545 de 2004.

[19] Cfr. Sentencia T-043 de 2007.

[20] Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

[21] Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral., Radicación No. 24280, Bogotá, D.C, cinco (5) de julio de dos mil cinco (2005)

[22] Se debe aclarar que si bien el expediente T-3.942.900 fue radicado antes que el proceso T- 3.994.183. Por cuestiones metodológicas y con el fin de lograr una mayor comprensión de la aplicación contraria a derecho que se evidencia en los asuntos acumulados, se expondrá inicialmente el expediente de referencia, independientemente del orden en el que haya llegado a esta corporación.

[23] Folio 26 al 42.

[24] Sentencia T-726 de 2007.

[25] En los folios 37 al 42, aparecen imágenes de la deformación en las articulaciones de la actora.

[26] Cfr. Ibídem.

[27] T-594 de 2011.

[28] Información obtenida de el historial del accionante, <https://hla.colpensionestransaccional.gov.co>. Fecha de consulta 23 de octubre de 2013.

[29] 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) emanas 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".