

Ref.erencia: Expedientes T-5.866.425 y T-5.869963

Acciones de Tutela instauradas por Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa y José Agustín Vizcaíno Rodríguez contra Colpensiones.

Magistrado ponente:
AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e) -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y José Antonio Cepeda Amarís (e), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos: (i) por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Antioquia,¹ que confirmó la decisión de primera instancia del Juzgado Promiscuo de Familia de Jericó, Antioquia,² en el sentido de declarar improcedente el amparo solicitado (expediente T-5.866.425); y (ii) por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial

¹ Sentencia proferida el veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016).

² Sentencia proferida el veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016).

de Barranquilla,³ que confirmó el fallo de primera instancia del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, Atlántico,⁴ que negó el amparo solicitado (expediente T-5.869.963).

Los expedientes T-5.866.425 y T-5.869.963 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia, por la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el 25 de noviembre de 2016, para ser fallados en una sola sentencia.⁵

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y las decisiones judiciales de cada uno de los expedientes:

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-5.866.425

1.1. Hechos y solicitud

El señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra Colpensiones, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la vida en condiciones dignas, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y de las incapacidades a las que dice tener derecho, teniendo como argumento que no cumple con los requisitos legales para ello. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

1.1.1. El accionante padece “*cáncer de colon*”,⁶ por lo que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 68.32%, de origen y riesgo común, con fecha de estructuración el 12 de diciembre de 2006.⁷

1.1.2. Dado que la pérdida de capacidad laboral es superior al 50%, el 6 de junio de 2014 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, la cual le fue negada el 8 de octubre del mismo año, con base en que no cumplía los requisitos señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (no cotizó 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha

³ Sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016).

⁴ Sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

⁵ La Sala de selección número once estaba conformada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ A folios 17-50 del cuaderno 2, del expediente T-5866425, consta la historia clínica del accionante, en la que se manifiesta que “el antecedente patológico de paciente es ‘HTA desde 2007’”. || A Folio 73 del cuaderno 2 consta certificado médico expedido por la Clínica Las Américas, al señor Carlos Augusto Peláez Mesa, en el que se diagnostica con “tumor neuroendocrino metastásico, enfermedad severa hepática, ósea y ganglionar”.

⁷ A folios 8-12 del cuaderno 2, del expediente T-5866425, consta dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Carlos Augusto Peláez Mesa, fechada 3 de abril de 2014, en el que se manifiesta que “el diagnóstico motivo de calificación es “tumor maligno del colon parte no especificada”, con una pérdida de capacidad laboral del 68.32%, y con fecha de estructuración el 12 de diciembre de 2006”.

de estructuración).⁸

1.1.3. Ante la negativa de dicho reconocimiento y debido al mal estado económico y de salud en que se encuentra,⁹ el 6 de agosto de 2015 solicitó a Colpensiones el pago de sus incapacidades,¹⁰ pero éstas le fueron negadas porque *“su calificación ya fue realizada”*.

1.1.4. Precisa que la entidad accionada al momento de realizar la valoración de pérdida de capacidad laboral, determinó que la fecha de estructuración (12 de diciembre de 2006) obedece a que para entonces le realizaron una *“colectomía en el HPTU”*, como se desprende del diagnóstico para calificar, pasando por alto la evidencia, también reseñada en el mismo diagnóstico, según la cual presentaba fuertes dolores abdominales desde el año 1999.¹¹

1.1.5. Sostiene que ha venido padeciendo a lo largo de su vida, una enfermedad degenerativa y crónica, *“la cual no ha sido hallada, dado que a lo largo de los años le han diagnosticado otras enfermedades, como se observa en la historia clínica de mayo 5 de 2000, donde se concluye, luego de realizar un informe de endoscopia, que padece gastritis crónica activa antral moderada”*. Por lo anterior, concluye que el grupo de medicina laboral de Colpensiones no tuvo en cuenta su historia laboral y clínica, pues la fecha de estructuración de su enfermedad tiene inicios en 1999, momento desde el cual padece dolores abdominales. En ese orden de ideas, sostiene que tiene derecho a la pensión de invalidez que reclama, dado que cotizó más de 50

⁸ A folios 13-15 del cuaderno 2, del expediente T-5866425, consta Resolución GNR 343856 del primero de octubre de 2014 (notificada el 8 del mismo mes y año), *“por la cual se niega la pensión de invalidez al señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, por haber acreditado 285 semanas (...) y no 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”*. || A folios 51-54 del cuaderno 2, consta historia laboral del señor Peláez Mesa, en la que figura el resumen de las semanas cotizadas por el empleador, las cuales dan un total de 408.86 semanas.

⁹ A folios 85-86 del cuaderno 2, del expediente T-5866425, consta declaración juramentada rendida por el señor Carlos Augusto Peláez Mesa ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Jericó, Antioquia, el 9 de junio de 2016, en la que manifiesta que *“pago como canon de arrendamiento \$ 450.000, y cuando voy al médico debo pagar \$ 2.700. Más o menos con \$ 800.000 mensuales me ayudan mis hermanos (...). Me pagaron los primeros 180 días de incapacidad (...). La enfermedad la descubrí el 11 de diciembre de 2006 (...). Como en el año 2010 vendí un bien como en \$25.000.000, en el 2014 vendí otro como en \$11.000.000, en el 2015 vendí otro como en \$30.000.000 y el último bien que aparecía a mi nombre se están haciendo las escrituras que lo vendí esta semana por \$15.000.000 (...). Mi familia la conforman 3 hijos más dos de la pareja actual y ella, la compañera (...). Mis hijos tienen 29 años, estudiante universitario, 20 años estudiante universitario y 16 estudiante de bachillerato (...)”*.

¹⁰ A folios 55-79 del cuaderno 2, del expediente T-5866425, constan las incapacidades médicas del señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, expedidas interrumpidamente desde el 23 de diciembre de 2013, al 26 de julio de 2015.

¹¹ A folios 8-12 del cuaderno 2, del expediente T-5866425, consta dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Carlos Augusto Peláez Mesa, en el que se manifiesta: *“oncología 4/01/2007: con dolores abdominales desde 1999, 6 colonoscopias y EVDA, por lo que le habían realizado cirugías inguinales, hospitalizado por 4 días por dolor agudo abdominal, le realizaron TAC helicoidal 12/12/2006 con lesiones hepáticas, por cuadro de obstrucción intestinal en ileon, por lo que realizaron colectomía el 12/12/2006 cirugía en el HPTU: oclusión completa, compromiso miliar peritoneo hepático con reporte de patología anormal de tumor carcinoide tamaño tumor 2 por 1 con metástasis (...)”*.

semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha en que objetivamente se estructuró su enfermedad.

1.2. Contestación de la demanda

Dentro del término concedido, la entidad accionada guardó silencio.¹²

1.3. Decisiones judiciales

1.3.1. En primera instancia, el Juzgado Promiscuo de Familia de Jericó, Antioquia,¹³ declaró improcedente el amparo solicitado, después de llegar a las siguientes conclusiones: (i) a pesar de que el actor es sujeto de especial protección debido a su enfermedad y a la calificación de su pérdida de capacidad laboral, *“al estudiar los documentos aportados para el reconocimiento de la pensión, o el pago de su incapacidad, los requisitos exigidos para el efecto no se advierten claros, ni existe certeza de que haya cumplido con los mismos”*; (ii) no se presenta una vulneración al mínimo vital del accionante ya que ha contado con la solidaridad de su familia y ha podido sufragar sus gastos con la venta de propiedades familiares; (iii) no hay prueba de que su enfermedad se haya estructurado en 1999, lo cual hace necesario debatir el problema en otra instancia; (iv) el señor Peláez Mesa *“no indicó claramente las incapacidades que a la fecha no le han sido reconocidas ni pagadas por el fondo de pensiones, y frente a este aspecto no se interpuso recurso alguno”*; y (v) no se encuentra acreditado el requisito de inmediatez ya que *“desde el momento mismo que le fue negada la pensión y hasta la fecha de presentación de la acción de tutela, han transcurrido mas de 20 meses”*.

1.3.2. El accionante impugnó la decisión¹⁴ indicando que (i) *“20 meses es un plazo razonable para entender que en este caso se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que el tiempo de convalecencia dificultó que acudiera a la justicia para reclamar la protección de derechos en un tiempo menor”*; (ii) ha contado con la solidaridad de su familia y con el dinero producto de la venta de sus propiedades, pero ya no cuenta con más bienes para su sustento; (iii) *“ha sido de tal magnitud el desgaste económico que durante varios años ha producido el hecho de padecer cáncer, que el hecho de desviar recursos para el pago de honorarios de abogados daría pie a suprimir medicamentos, pasajes o cualquier elemento que va inmerso en el día a día de una persona*

¹² A folios 14-39 del cuaderno principal, del expediente T-5866425, consta que el 11 de enero de 2017, Colpensiones presentó escrito de contestación de la presente acción de tutela ante la Corte Constitucional, en el que manifestó que: *“(…) el actor no cumple con el requisito de las 26 semanas cotizadas en el año anterior a la entrada en vigencia del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues no posee cotizaciones dentro del periodo requerido. (...) frente al reconocimiento de unos subsidios económicos por incapacidad, no se encuentra demostrada la vulneración al mínimo vital que habilite la procedencia excepcional del ejercicio de la acción de tutela, al verificarse en el trámite tutelar que el actor cuenta con ingresos derivados del aporte económico familiar que permite suplir sus gastos. Lo anterior conlleva a que el accionante deba acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que sean valoradas de fondo sus pretensiones sin que sea sustraída la competencia del juez natural (...)”*.

¹³ Sentencia del 21 de junio de 2016.

¹⁴ Escrito de impugnación fechado el 27 de junio de 2016.

afectada con esa enfermedad, incluso los alimentos de él y su núcleo familiar”; y (iv) “las personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, tienen derecho a que se les contabilice los aportes efectuados luego de la fecha de estructuración de la invalidez para verificar su cumplimiento, si es que conservan aptitudes para ofrecer sus servicios en el mercado laboral. Ello porque en estos casos, las fuerzas de trabajo se desvanecen paulatinamente, y la fecha en que efectivamente pierden su capacidad para trabajar puede ser diferente a la fecha de estructuración que indica el dictamen de calificación, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo”.

1.3.3. En segunda instancia, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Antioquia,¹⁵ confirmó el fallo recurrido, con base en que en el presente caso es clara la inexistencia de un perjuicio irremediable, ya que *“el afectado pudo permanecer por 20 meses sin poner en riesgo sus prerrogativas fundamentales y sin necesidad de elevar la solicitud de apoyo que ahora promueve ante el sistema judicial”* lo que hace la presente acción improcedente por no cumplir los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez.

2. Expediente T-5.869.963

2.1. Hechos y solicitud

El señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra Colpensiones, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al debido proceso, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de reunir los requisitos legales pertinentes consagrados en el Acuerdo 049 de 1990. Sustenta su solicitud en los siguientes hechos:

2.1.1. El accionante es una persona de la tercera edad, *“ciego del ojo derecho y con visibilidad por el ojo izquierdo bastante reducida”*,¹⁶ por lo que no puede trabajar en *“las labores del campo”*, a lo que siempre se ha dedicado. Aduce estar *“enfermo y desempleado, sin ingresos económicos de ninguna especie. Vivo en la casa por la que mi hijo paga el arriendo con la ayuda de parientes y amigos”*.¹⁷ Laboró *“para varios patronos entre el 9 de mayo de*

¹⁵ Sentencia del 25 de julio de 2016.

¹⁶ A folios 34-39 del cuaderno 2, del expediente T-5869963, consta la historia clínica del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, en la que se manifiesta que fue diagnosticado con “pérdida visual del ojo derecho la cual no es corregible con lentes, es posible que presente alteración del nervio óptico (neuritis o glaucoma)”.

¹⁷A folio 31 del cuaderno 2, del expediente T-5869963, consta declaración juramentada del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, en la que manifiesta que desde hace 11 años no pertenece a ninguna EPS. || A folio 32 del cuaderno 2, del expediente T-5869963, consta declaración juramentada de los señores Wilson Enrique Vizcaíno Vizcaíno y Algemiro Enrique Meriño Vizcaíno, quienes manifestaron que el señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez “no puede trabajar porque está enfermo de la vista casi ciego, que depende económicamente de familiares y amigos que le colaboran, que no tiene pensión ni jubilación de ninguna entidad oficial, como tampoco por parte de empresa privada, vive con varios familiares intermitente y no tiene vivienda propia”.

*1977 a 29 de febrero de 2004, pero en la historia laboral de Colpensiones sólo se refleja un total de semanas cotizadas de 720.71 semanas, de las cuales 416.99 fueron cotizadas antes de entrar en vigencia la Ley 100”.*¹⁸

2.1.2. Colpensiones le notificó su pérdida de capacidad laboral en un 56.14% con fecha de estructuración el miércoles 20 de mayo de 2015,¹⁹ por lo que solicitó la pensión de invalidez ante la misma entidad el 14 de agosto de 2015, la cual fue negada el 3 de diciembre de ese año por no haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración.²⁰ La decisión fue apelada el 15 de diciembre de la misma anualidad, pero el recurso fue resuelto el 1 de febrero de 2016 negando su derecho pensional, por no contar con 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo el estado de invalidez.²¹

2.1.3. Con base en lo anterior, solicita la protección de sus derechos fundamentales, y en consecuencia, que se ordene a Colpensiones que le reconozca y pague la pensión de invalidez conforme a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990.

2.2. Contestación de la demanda²²

Mediante oficio del 17 de mayo de 2016, el doctor Carlos Alberto Parra Satizabal, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, manifestó que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para controvertir las resoluciones que negaron su derecho a la pensión de invalidez, ya que la acción de tutela solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial idóneo. Agregó que al haberse dado trámite a la petición de reconocimiento de pensión de invalidez mediante la resolución GNR 392518, acto administrativo que negó la prestación petitionada, y resolviéndose la apelación mediante resolución GNR 33554, se agotó la vía administrativa, por lo que es procedente frente a

¹⁸ A folios 27-29 del cuaderno 2, consta el reporte de semanas cotizadas en pensiones del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, en el que aparece que el accionante cotizó los siguientes tiempos de servicio: “desde 1977-05-09 al 2004-02-28, para un total de 720 semanas cotizadas”.

¹⁹ A folios 23-26 del cuaderno 2, del expediente T-5869963, consta el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, fechado 2 de junio de 2015, en el que se manifiesta que “tiene una pérdida de capacidad laboral del 56.14% de origen común, con fecha de estructuración 20 de mayo de 2015, por padecer una enfermedad degenerativa y progresiva”.

²⁰ A folios 20-21 del cuaderno 2, del expediente T-5869963, consta la resolución GNR 392518 del tres de diciembre de 2015, “Por la cual se niega la pensión de invalidez del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, por cuanto no cumple el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que sólo acredita un total de 720 semanas”.

²¹ A folios 15-18 del cuaderno 2, del expediente T-5869963, consta la resolución GNR 33554 del primero de febrero de 2016, “por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución GNR 392518 del 3 de diciembre de 2015, y se niega la pensión de invalidez del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, por cuanto verificada la historia laboral se evidencia que el señor Vizcaíno Rodríguez no cuenta con las 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez, es decir, del 20 de mayo de 2015 al 20 de mayo de 2014, no cuenta con ninguna semana cotizada, motivo por el cual no es posible dar aplicación a la condición más benéfica”.

²² Folios 47-49 del cuaderno 2, del expediente T-5869963.

dichos actos administrativos las acciones y recursos legales dispuestos para tal fin en la jurisdicción ordinaria, razón por la que debe negarse el amparo.

2.3. Decisiones judiciales

2.3.1. En primera instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla,²³ negó el amparo solicitado aduciendo que lo pretendido por el accionante es la nulidad de un acto administrativo que niega el reconocimiento de un derecho, pero que goza de presunción de veracidad, por lo que la acción procedente para esto es la nulidad y restablecimiento del derecho, o dependiendo de las circunstancias particulares del caso, se debe acudir a la justicia ordinaria laboral. Sobre el particular, aduce que *“no es dable al juez constitucional agotar trámites propios del juez administrativo o del juez laboral, pues solo el juez natural es el funcionario competente para agotar las instancias ordinarias o contencioso administrativas conducentes, y no se avizora que exista en el proceso impedimento alguno en el señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez para no ejercer las acciones pertinentes”*, principalmente si se tiene en cuenta que *“el accionante cuenta con la ayuda de un hijo, lo que hace presumir que dispone del sustento necesario para subsistir mientras que realiza el trámite correspondiente ante la jurisdicción ordinaria, por lo que no se advierte un perjuicio irremediable”*.

2.3.2. Inconforme con la decisión de instancia, el accionante impugnó la sentencia de primera instancia. Argumentó que *“en este caso resulta procedente la acción de tutela, teniéndose en consideración que este instrumentos se instituyó con el fin de evitar perjuicios mayores, brindándole a las personas que se encuentran en desventajas manifiestas frente al Estado y las instituciones dominantes, las herramientas para la protección inmediata de sus derechos constitucionales, más si se trata de un sujeto de especial protección”*. Así mismo, expresó que le asiste derecho pensional *“al cumplir con los requisitos de ley para tal reconocimiento, y que por existir la vulneración de los derechos al mínimo vital, vida, dignidad humana, seguridad social y debido proceso, por parte de Colpensiones, solo por intermedio de este mecanismo judicial se obtendría la protección inmediata de estas prerrogativas”*.²⁴

2.3.3. En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla,²⁵ confirmó en su totalidad la decisión de primera instancia. Manifestó al respecto que no es la acción de tutela la vía para conocer del problema planteado por el actor, aunado a que, si fuera el caso, el señor Rodríguez no cumple con los requisitos necesarios para acceder a la prestación solicitada. Agrega que *“en este caso, muy a pesar de ser el señor Vizcaíno Rodríguez persona con deficiencia física, quien sufre de ceguera parcial, no se avizora la ocurrencia de una situación apremiante, lo que*

²³ Sentencia del 24 de mayo de 2016.

²⁴ Folios 73-85 del cuaderno 2, del expediente T-5869963.

²⁵ Sentencia del 6 de julio de 2016.

impela a esta colegiatura a asumir el conocimiento del asunto, osando a desnaturalizar la jurisdicción ordinaria, siendo la especialidad laboral la competente para resolver la litis”. Finalmente sostiene que en estos casos no es suficiente poner de presente con simples afirmaciones que los tutelantes se encuentran en determinada situación penosa y con ello pretender que el juez constitucional conozca de manera inmediata el proceso en particular, pues el interesado debe aportar pruebas fehacientes que soporten la misma circunstancia, en aras de darle peso y mayor fuerza a sus argumentos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

1.1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de esta referencia.

1.2. La acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la Constitución y en la ley (art. 86, CP). En cuanto al reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas del derecho a la seguridad social, como lo son la pensión de invalidez y las incapacidades médicas, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela, por regla general, resulta improcedente para el reconocimiento de éstas, pues existen mecanismos judiciales ordinarios idóneos para el efecto.²⁶ No obstante, en la actualidad, esta Corporación

²⁶ Sentencia T-194 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Esta sentencia reiteró la T-008 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), T-877 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-177 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-063 de 2009 (MP Jaime Araujo Rentería), T-043 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-065 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). || Sentencia T-426 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz “En principio, dicha improcedencia estaba dada, entre otras razones, por el carácter no fundamental del derecho a la seguridad social, el cual era concebido como una garantía social cuya aplicación progresiva dependía de los contenidos atribuidos por el legislador”. No obstante, este argumento varió con el paso del tiempo, pues con posterioridad la Corte sostuvo la tesis según la cual, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de la seguridad social, adquiere relevancia constitucional porque su desconocimiento conllevaría a la afectación de otros derechos de naturaleza fundamental como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana. Al respecto, la sentencia T-619 de 1995 (MP Hernando Herrera Vergara) indicó que: “El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales”. Esta posición fue reiterada entre otras, en las sentencias T-888 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), T-043 de 2005 (MP

reconoce que el derecho a la seguridad social reviste el carácter de fundamental, independiente y autónomo, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela en los eventos en los cuales se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario.²⁷

Marco Gerardo Monroy Cabra), T-950 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), y T-046 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). || Más tarde, la Corte señaló que el argumento de la conexidad no era el único a tener en cuenta para determinar la procedencia de la tutela para el reconocimiento de estos derechos. Entonces manifestó que el juez de tutela además debía verificar el cumplimiento de los siguientes presupuestos: “(i) Que la acción de tutela se presente como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. (ii) Que la falta del reconocimiento del derecho afecte una garantía fundamental. (iii) Que la negativa del reconocimiento del derecho se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular que presta este servicio público”. Sentencia T-1048 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). Esta sentencia fue reiterada entre otros, en los fallos T-103 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-442 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-905 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), T-341 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T- 823 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) T-962 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza); y T-440 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²⁷ Esta Corte ha precisado que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es susceptible de protección por vía de tutela al tratarse de un derecho fundamental propiamente dicho. Al respecto ver entre otras, las sentencias T-468 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-707 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-474 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez, SV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-935 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-101 de 2012 (MP Mauricio González Cuervo), T-721 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), SU-918 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SPV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, SPV Nilson Pinilla Pinilla), T-618 de 2014 (MP Martha SÁCHICA Méndez), T-789 de 2014 (MP Martha SÁCHICA Méndez, AV Luis Ernesto Vargas Silva), T-020 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). || Sobre este punto, la sentencia T-533 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), dispuso que: “Cuando la reclamación pensional se concreta en el reconocimiento de una pensión por invalidez, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se trata de un derecho fundamental per se, susceptible de protección por vía del amparo constitucional, particularmente por coincidir dos elementos fundamentales: (i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas”. Esta posición fue reiterada en las sentencias T-487 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-440 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). || La jurisprudencia constitucional también ha manifestado que el juez de tutela debe tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, porque tratándose de sujetos de especial protección constitucional, dado su estado de debilidad manifiesta y del especial amparo que la Constitución Política les brinda, el juicio de procedencia de la acción se torna menos riguroso. Ver entre otras las sentencias T-1316 de 2011 (MP Rodrigo Uprimmy Yepes), T-515 A de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-080 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-659 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio) y T-805 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio). || De esta forma, esta Corporación ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para lograr el reconocimiento de derechos prestacionales. Por ello, es labor del juez determinar, a partir de un análisis detallado de las circunstancias específicas del accionante, si ésta debe ser utilizada como mecanismo para solicitar el amparo de los derechos pensionales. Además, deberá verificar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz e idóneo o si se requiere una decisión en sede de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En este caso, aunque los accionantes cuentan con otros mecanismos de defensa judicial que en condiciones normales les permitirían ventilar las pretensiones planteadas en vía de tutela en un proceso ordinario, considera la Sala de Revisión que su situación de debilidad manifiesta es evidente, como consecuencia del estado de salud y de la difícil situación económica que afrontan. Por ello, someterlos a una larga espera en la justicia ordinaria para que se resuelvan de fondo sus pretensiones, haría nugatoria la protección efectiva de sus derechos constitucionales, hechos que permiten que se supere favorablemente el requisito de subsidiariedad.

Adicionalmente, la Sala advierte que los señores Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa y José Agustín Vizcaíno Rodríguez, están legitimados para interponer la presente acción de tutela, debido a que son los titulares de los derechos afectados. Lo mismo ocurre con Colpensiones, quien se encuentra legitimado para procurar el amparo de los derechos de los actores, pues a dicha entidad se le atribuye la vulneración de éstos, por tanto, es quien debe resolver la reclamación.

Finalmente, en cuanto al presupuesto de inmediatez, la Sala advierte que la resolución que negó la pensión de invalidez al señor Peláez Mesa (expediente T-5866425) es del 8 de octubre de 2014, y la presentación de la acción de tutela es el 8 de junio de 2016, es decir, 20 meses después. No obstante, se debe tener en cuenta que la vulneración de los derechos del accionante se ha prolongado en el tiempo precisamente porque Colpensiones no ha permitido que goce de su pensión de invalidez, hecho que se agrava si se tiene en cuenta que afronta una difícil situación económica y de salud, por lo que hoy día depende de la ayuda de sus familiares; circunstancias estas que hacen entender cumplido el requisito de inmediatez en este caso. Respecto al señor Vizcaíno Rodríguez (expediente T-5869963), la decisión que confirma la negación de su pensión de invalidez es del 1° de febrero de 2016, y la acción de tutela se interpuso el 11 de mayo del mismo año, es decir, 3 meses después, lo que demuestra que en este caso también se cumple con el requisito de inmediatez, pues la tutela se presentó en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

2. Problemas jurídicos

2.1. En consideración a los antecedentes planteados, corresponde a la Sala de Revisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Un fondo de pensiones vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social de una persona en situación de discapacidad por padecer una enfermedad degenerativa, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por no cumplir el requisito de semanas cotizadas anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, teniendo como argumento que no cumple el requisito del tiempo cotizado (50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración por pérdida de capacidad laboral), a pesar de que realizó cotizaciones al sistema posteriores a dicha fecha?

(ii) ¿Un fondo de pensiones vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de una persona en situación de discapacidad, al negarle el pago de incapacidades médicas a partir del día 181 hasta la fecha efectiva de la estructuración de la invalidez?

(iii) ¿Un fondo de pensiones vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social de una persona en situación de discapacidad, al negar el reconocimiento del pago de una pensión de invalidez por no cumplir el requisito legal de semanas de cotización (50 o 26 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración por pérdida de capacidad laboral) pese a haber estado esa persona por su edad y tiempos de cotización, cobijada anteriormente por un régimen legal de invalidez más beneficioso?

2.2. Para solucionar las cuestiones planteadas, esta Sala examinará: (i) la fecha de estructuración del estado de invalidez de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas; (ii) la aplicación del principio de la condición más beneficiosa del trabajador en materia de pensión de invalidez bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990; y (iii) el régimen jurídico aplicable a las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días; para luego (iv) analizar los casos concretos.

3. Fecha de estructuración del estado de invalidez de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. En relación con las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común,²⁸ el Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) consagró el reconocimiento de una pensión de invalidez para quienes cumplieran los requisitos legales (artículo 39, Ley 100 de 1993). Para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubiesen alcanzado los requisitos para adquirir dicha prestación, se estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva, como prestación social.

3.2. Para acceder a una pensión de invalidez es necesario, y común a todos los regímenes,²⁹ contar con una pérdida de capacidad laboral *permanente* y

²⁸ Ley 100 de 1993, artículo 38: “Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

²⁹ Dependiendo de la fecha de estructuración de la invalidez se deben cumplir los requisitos de alguna de estas normativas: (i) Decreto 758 de 1990 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”. El artículo 6. del Decreto 758 de 1990 señalaba: “ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: || a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.” || (ii) Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” El artículo 39

definitiva superior al 50%,³⁰ la cual puede ser producto de una enfermedad o un accidente de origen común, que afecte la capacidad productiva del afiliado. Esa afectación puede ser de manera inmediata, caso en el cual coincidiría con la fecha de estructuración de la invalidez, sin problema de relevancia constitucional alguno. No obstante, dicha afectación puede darse de manera progresiva y paulatina, lo que implica una diferencia de tiempo entre el momento de una total incapacidad para laborar y la fecha en que comenzaron los síntomas o en el que se inició el padecimiento o en el que ocurrió el accidente. Esto suele presentarse cuando se trata de enfermedades crónicas; de larga duración; enfermedades que su cura no se ha podido determinar; congénitas o degenerativas, con manifestaciones que pueden estar presentes desde el nacimiento. En tales casos la pérdida de capacidad se hace permanente en el tiempo.

3.3. La pérdida de capacidad laboral se establece a través de una calificación que realizan las juntas de calificación de invalidez,³¹ y es a partir de tal

original de la Ley 100 de 1993 establecía que: “ARTICULO 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: || a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.” || (iii) Ley 860 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”. El artículo 39 de la Ley 860 de 2003, modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta lo establecido en la Sentencia C-428 de 2009, indica: “ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.(...) PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

³⁰ Artículo 2 del Decreto 917 de 1999 “Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptense las siguientes definiciones: || a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral. || b) Incapacidad permanente parcial: 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%. || c) Capacidad Laboral: 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. || d) 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”. || Artículo 3 del Decreto 917 de 1999: “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

³¹ El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece: “Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las

dictamen que se determina la condición de la persona, el porcentaje de afectación producido por la enfermedad en cuanto a deficiencia, discapacidad, y minusvalía,³² asignándosele un valor a cada uno de estos conceptos. De esta forma se obtiene como resultado un porcentaje general de pérdida de la capacidad laboral, su origen y la fecha en la que se estructuró la invalidez.³³ Así, es posible que esta última (la fecha de la estructuración de la invalidez) sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen,³⁴ teniendo en cuenta el tipo de enfermedad que se esté tratando y a pesar de que la persona (i) haya conservado su capacidad funcional y (ii) haya continuado cotizando al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración.³⁵ Para evitar violaciones a derechos fundamentales constitucionales, la Corte ha sostenido que *“cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica,*

contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”.

³² El Decreto 917 de 1999, “por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”, en su artículo 7°, definió estos conceptos así: “[...] DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. || DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona. || MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.”

³³ Artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de la Juntas de Calificación de Invalidez.” || El Decreto 917 de 1999, define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “[...] 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”.

³⁴ El artículo 3 de Decreto 917 de 1999 al definir la fecha de estructuración señala: “Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

³⁵ La Convención reconoce los derechos de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas, a procurarse un nivel adecuado de vida y al acceso en igualdad de condiciones a programas y beneficios de jubilación. Estos derechos también son una muestra de que la discapacidad, por sí sola, no implica que las personas que las padecen sean inválidas, ya que si estas personas voluntariamente son habilitadas laboralmente, debe dárseles la oportunidad de trabajar, garantizarse en forma independiente un nivel de vida digno, y, en condiciones especiales, acceder a las prestaciones que el Sistema General de Pensiones les garantiza a los demás.

degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto."³⁶ En caso de no hacerlo, se estarían poniendo en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital y la seguridad social de personas que se encuentran en debilidad manifiesta.³⁷

3.4. Por esto, la jurisprudencia ha indicado que en aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.³⁸

3.4.1. La Corte Constitucional ha reiterado que el tratamiento jurídico que se

³⁶ Sentencia T-671 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), antes citada. Esta sentencia reiteró lo señalado anteriormente, entre otras, en las sentencias T-420 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y T-432 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo).

³⁷ Esta posición fue asumida por la Corte en la sentencia T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), en la cual se estudió una acción de tutela interpuesta por una persona que padecía una enfermedad mental de muy larga evolución, que se afilió al Sistema General de Pensiones desde julio de 1983 y había cotizado de manera ininterrumpida por más de 21 años. Su enfermedad fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 51.10%, con fecha de estructuración de su invalidez el 17 de noviembre de 1983, razón por la cual, la entidad accionada le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por no cumplir el requisito de cotización de 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. En esa sentencia, la Corte consideró que la fecha de estructuración de la invalidez se había establecido teniendo en cuenta que en ese tiempo la tutelante había sufrido un episodio clínicamente difícil, sin embargo, debido a que la actora había continuado aportando por más de 21 años al Sistema, se consideró poco verosímil asumir que esa hubiera sido la fecha en la que la actora perdió definitivamente su capacidad laboral, razón por la cual, la Corte tomó como fecha de estructuración el momento en que la accionante solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez. En el mismo sentido ver las sentencias T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-561 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), entre otras.

³⁸ Respecto de casos puntuales de personas que padecen VIH, la Corte Constitucional ha analizado varios procesos en los que se ha reconocido que la fecha de estructuración se decretó anterior a la real incapacidad total laboral, ver las sentencias T-710 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-509 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), T-885 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), T-998 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T-428 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-481 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos; AV Luis Ernesto Vargas Silva), T-551 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-627 de 2013 (MP Alberto Rojas Ríos), T-690 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-697 de 2013 (MP Nilson Elías Pinilla Pinilla; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-886 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SPV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-893 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-158 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-229 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos), T-479 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), T-819 de 2014 (MP Martha Victoria Sáchica Méndez), T-040 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa), T-348 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-520 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-712 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SPV Gloria Stella Ortíz Delgado), T-716 de 2015 (MP Gloria Stella Ortíz Delgado) y T-356 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio; AV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos).

debe tener frente a este tipo de padecimientos, es diferente a la generalidad. Por ejemplo, en la sentencia T-710 de 2009,³⁹ se estudió el caso de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral del 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002, a quien le fue negada la pensión de invalidez. La Sala estimó que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social hasta completar las semanas mínimas de cotización requeridas, exigidas por la Ley 860 de 2003, en consecuencia, ordenó el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas por el accionante, hasta el momento en que hizo su solicitud pensional, advirtiendo que *“(...) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003.”*

3.4.2. En la sentencia T-163 de 2011,⁴⁰ al estudiarse el caso de una señora que padecía diabetes mellitus e insuficiencia renal crónica terminal, quien fue calificada el 30 de diciembre de 2009 con pérdida de capacidad laboral del 71.91%, de origen común y fecha de estructuración el 22 de noviembre de 2008, la Corte Constitucional señaló: *“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. Las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva. En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.”*

3.4.3. Igualmente, en la sentencia T-420 de 2011,⁴¹ se estudió el caso de una señora que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 1 de noviembre de 2001 y cotizó hasta el 4 de julio de 2007, lo cual sumó un total de 286 semanas cotizadas, pero, el 30 de junio de 2005, la Junta Regional de

³⁹ Sentencia T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

⁴⁰ Sentencia T-163 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa).

⁴¹ Sentencia T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

Calificación de Invalidez valoró su capacidad laboral donde se llegó a la conclusión de que la señora padecía de *“falla renal crónica secundaria a glomerulonefritis rápidamente progresiva”*, cuyo origen era una enfermedad común, estableciéndose una pérdida de la capacidad laboral del 67.5% con fecha de estructuración de la invalidez a partir del 10 de abril de 1987, e indicó que *“requiere de otra persona para el desarrollo de sus actividades cotidianas”*. En esta oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional reiteró que: *“Con relación a la regla aplicable a quienes sufren una enfermedad degenerativa, crónica o congénita acerca del reconocimiento de la pensión de invalidez, es oportuno señalar que la fecha de estructuración de invalidez, en este tipo de casos, ha de indicar el momento en el cual la pérdida de la capacidad laboral es definitiva y permanente. Dos circunstancias permiten inferir que la fecha de estructuración de la invalidez indicada por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá no acredita tales características. En primer lugar, el hecho de que hubieran transcurrido 18 años desde la presunta fecha de estructuración de la invalidez y la solicitud de la pensión, aunado a que la señora (...) cotizó 286 semanas desde el 1 de noviembre de 2001 hasta el 4 de julio de 2007, lo cual denota que siguió trabajando y desarrollando su actividad profesional, que fue de auxiliar de odontología, hasta que tuvo las condiciones de salud que se lo permitían”*. En esa ocasión se decidió que, *“la fecha que esta Sala ha de acoger para determinar la estructuración definitiva y permanente es cuando ha cesado de cotizar al sistema de seguridad social, específicamente, al subsistema de pensiones pues de ahí se colige su capacidad de trabajar. En efecto, esta es la fecha correcta en razón de que en dicho instante ha dejado de tener un trabajo estable y remunerado, pues las condiciones de salud le imposibilitaron seguir desarrollándolo a plenitud”*. Por lo que se determinó que la accionante cumplía los requisitos suficientemente para acceder a la pensión de invalidez.

3.5. Lo anterior, en consonancia con lo señalado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual reconoce en su artículo 27 que este grupo poblacional tienen derecho a trabajar en igualdad de condiciones con quienes no se encuentran en su misma situación, a procurarse un nivel adecuado de vida y al acceso en igualdad, a programas y beneficios de jubilación.⁴² Lo cual es una muestra más de que la situación de

⁴² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 27. “Trabajo y empleo. || 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: [...]” || Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 28. “Nivel de vida adecuado y protección social. || 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. || 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin

discapacidad, en sí misma, no implica una invalidez permanente y definitiva, ya que quienes están en esta condición, muchas veces están habilitadas para trabajar, por lo tanto, se les debe garantizar ese derecho, para que, en igualdad, puedan acceder a las prestaciones que el Sistema General de Pensiones les garantiza a los demás.

4. El principio de la condición más beneficiosa del trabajador en materia de pensión de invalidez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El desarrollo legislativo en materia de pensión de invalidez no tuvo un régimen de transición. En otros casos, como la regulación de la pensión de vejez, la Ley 100 de 1993 sí creó dicho régimen, al fijar edad y semanas de cotización, con el fin de que algunas personas se acogieran a la normativa anterior. Sin embargo, en relación con la pensión de invalidez, por el carácter imprevisible del acontecimiento de la discapacidad, determinar esas causas y plazos, resultaba mucho más complejo. Por lo tanto, no hubo régimen de transición legal en relación con dicha prestación, en el cual se determinara qué sucedería con aquellas personas que bajo el ordenamiento jurídico derogado reunían los requisitos para obtener su prestación, pero según lo exigido por la norma vigente, no podían acceder a ella.⁴³ Por ello, en varias ocasiones esta Corte ha determinado cuándo la solicitud pensional de una persona debe ser resuelta de acuerdo con los requisitos previstos en una norma derogada. Esto con el fin de no transgredir una expectativa legítima de derechos, no contrariar el principio de progresividad en materia de seguridad social, y aplicar el principio de condición más beneficiosa para el trabajador, prevista en el artículo 53 de la Constitución.⁴⁴

4.2. Aunque este principio se emplea para escoger qué norma debe ser aplicada cuando coexisten dos disposiciones vigentes, la Corte Constitucional en la sentencia T-1064 de 2006,⁴⁵ señaló que si una legislación configura una medida regresiva para la garantía de los derechos a la seguridad social, puede ser inaplicable; y en ese caso, debe preferirse la normatividad derogada que permitía conceder la pensión,⁴⁶ regla que ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.⁴⁷ A saber:

discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: || [...] e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación. ”

⁴³ Sentencia T-295 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), reiterada en las sentencias T-509 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado, AV Jorge Iván Palacio Palacio), T-737 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-194 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁴⁴ Por ejemplo, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional determinó que las peticiones de los trabajadores deben ser resueltas de acuerdo con la norma que les proporcione más beneficios, pues “de conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador”.

⁴⁵ Sentencia T-1064 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

⁴⁶ En palabras del Alto Tribunal: “Ya la Corte ha procedido a garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez al inaplicar disposiciones del ordenamiento legal vigente bajo los cuales se estructuró la pensión de invalidez, cuando ha verificado, en el caso concreto, la violación de

4.2.1. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de junio de 2005, examinó un caso en que una persona había cotizado gran cantidad de semanas, pero no alcanzaba a reunir el requerimiento de las 26 semanas en el último año antes del hecho que le generó la invalidez, que exigía la norma vigente en el momento, inaplicó la Ley 100 de 1993 y decidió el caso con base en el Decreto 758 de 1990, que disponía demostrar la cotización de 300 semanas en cualquier tiempo. Al respecto señaló que: *“Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados”*.

4.2.2. En un fallo del 5 de febrero de 2008, la Corte Suprema de Justicia inaplicó la norma vigente al momento en que se produjo la invalidez, en virtud del principio de la condición más beneficiosa para el trabajador, reconoció la prestación por encontrar reunidos los requisitos del Decreto 758 de 1990: *“En efecto, las disposiciones que rigen el asunto y que le dan derecho al actor a la pensión de invalidez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, son los artículos 5° y 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Ello es así, porque la demandante acreditó la disminución de su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50 %, y cotizó más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994, fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993”*.

4.2.3. Por su parte, la Corte Constitucional ha decidido varios casos en la misma línea de argumentación. En efecto, ha dejado de aplicar las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003 cuando, acorde a lo dispuesto en dichas normas, una persona no puede acceder a una pensión, pero reunía los requisitos del Decreto 758 de 1990. Por ejemplo la sentencia T-1065 de 2006,⁴⁸ señaló que: *“el señor Ciro Becerra cotizó ininterrumpidamente desde el año de 1975 hasta el año de 1990 - un total de más de 300 semanas – pero luego fue excluido del mercado laboral y no pudo volver a cotizar. Bajo esas circunstancias no pudo, ni puede cumplir las exigencias requeridas por el artículo 39 de la Ley*

derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, por la existencia de medidas regresivas que imponen requisitos más exigentes a los previstos bajo el régimen legal anterior, y sin que hubiere tomado el legislador ordinario medida de transición alguna. Bajo estas particulares circunstancias, la Corte ha dispuesto la aplicación del régimen pensional anterior”.

⁴⁷ Recuento jurisprudencial tomado de la sentencia T-295 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁴⁸ Sentencia T-1065 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

100 de 1993 para el pago y reconocimiento de su pensión de invalidez. Existe pues duda seria y razonable sobre la legislación que se debe aplicar en el caso concreto. Ahora bien, hasta aquí puede decirse que tanto por virtud del principio de favorabilidad, como en razón del principio de progresividad resulta obligatorio aplicar – como lo reconoció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta - lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, así la invalidez se haya estructurado bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993. Considera la Sala por lo tanto, (...) que en el asunto analizado ha de elegirse aquella ley cuya aplicación favorezca de mejor manera al trabajador”.

4.2.4. Cuando se expidió la Ley 860 de 2003 que modificó los requisitos de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez, la Corte aceptó que, en razón de los principios constitucionales de progresividad y favorabilidad para el trabajador, que era posible inaplicar la norma vigente y resolver la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990. Así, en sentencia T-872 de 2013,⁴⁹ la Corte concluyó que *“Cuando se trata de un conflicto de aplicación o interpretación de normas para acceder o mantener la pensión de invalidez, es menester observar no solamente la fecha de estructuración de la invalidez, sino también, tener en cuenta la naturaleza misma del derecho a la seguridad social y los postulados constitucionales en virtud de los cuales debe aplicarse la condición más favorable para el trabajador”.* En la misma providencia se indicó que: *“por ello, frente a casos fácticamente semejantes al presente, cuando una persona declarada en situación de invalidez haya cotizado por lo menos 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994), puede acceder a la pensión bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990.”*

4.3. Por lo tanto, si una persona ha cumplido con los requisitos de determinado régimen pensional para que se le reconozca la pensión de invalidez, antes del 1° de abril de 1994, es posible aplicarle dicho régimen para conceder la pensión, aunque no reúna las exigencias de la norma vigente al momento de la fecha de estructuración de la invalidez.

5. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. La Corte Constitucional ha entendido que el pago de incapacidades laborales constituye el medio de subsistencia de la persona que, como consecuencia de una afectación en su estado de salud, ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia.⁵⁰

⁴⁹ Sentencia T-872 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁵⁰ En la sentencia T-311 de 1996 (MP José Gregorio Hernández Galindo) esta Corporación manifestó:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su

5.2. El ordenamiento legal ha contemplado el reconocimiento de incapacidades laborales y ha determinado que los pagos correspondientes a los primeros dos (2) días de incapacidad estarán a cargo del empleador (a menos que no exista afiliación del trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Salud o que éste se encuentre en mora en el pago de los aportes correspondientes, en cuyo caso debe responder excepcionalmente por la prestación por incapacidad consagrada en el Estatuto Laboral),⁵¹ y a partir del tercer día de las Entidades Promotoras de Salud.⁵² En cuanto al monto de la prestación, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”*. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que, corren por cuenta de las Administradoras de Fondos de Pensiones las prestaciones económicas que se generen a partir del día 181.⁵³

5.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional fijó las reglas que deben seguirse en materia de reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común, de la siguiente manera:

dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”. Sobre el mismo tema se pueden consultar las sentencias T-786 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), reiterada en la sentencia T-263 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-777 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), T-097 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-140 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

⁵¹ Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo: “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”.

⁵² Artículo 1° del Decreto Reglamentario 2943 de 2013: “En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”.

⁵³ Respecto de las incapacidades del día 181 en adelante, la Sentencia T-920 de 2009 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), indicó que: “Esta Corporación ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez”. Dicha providencia fue reiterada en la sentencia T- 812 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa), T-729 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) T-097 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-140 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

“-El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad”.⁵⁴

En conclusión, en caso de que al trabajador le sean expedidas incapacidades médicas pero éstas (i) no superen los 180 días le corresponde a la Empresa Promotora de Salud el pago de las mismas; sin embargo, (ii) en el evento que las mismas sobrepasen los 180 días, el responsable del pago es el fondo de pensiones, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud. Así las cosas, si el dictamen finalmente indica que el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral

⁵⁴ Sentencia T-333 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiterada entre otros en los fallos T-245 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-364 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

superior al 50%, se causará en su favor la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos legales.

6. Al señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa se le vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas al negarle el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez argumentando que no cumple el requisito de haber cotizado 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, a pesar de que realizó cotizaciones al sistema posteriores a esa fecha

6.1. Abordando el primer problema jurídico planteado y teniendo en cuenta los criterios expuestos en las consideraciones de la presente providencia, es claro que en el caso bajo estudio se deben tener en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha en que se estableció la estructuración de la invalidez (12 de diciembre de 2006), por cuanto ésta, en razón al carácter degenerativo y paulatino de la enfermedad que padece el actor (cáncer de colon), no corresponde al día en que él realmente perdió su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. No hay duda en que pudo seguir cotizando hasta de noviembre de 2015, pues fue el último reporte oficial de aportes al sistema de pensiones. De tal suerte que para los efectos de esta sentencia, se tomará esta última cotización (30 de noviembre de 2015) como la fecha hasta la cual el afiliado pudo desarrollar cualquier actividad económicamente productiva y vio disminuidas sus destrezas físicas y mentales al punto de no poder seguir aportando. Es decir, es respecto de esta fecha que se verificarán los requisitos para reconocer o no la pensión de invalidez solicitada.

6.2. Con base en las pruebas aportadas al expediente, se tiene que el actor cotizó de noviembre de 2012 a noviembre de 2015 un total de 123,73 semanas.⁵⁵

6.3. De tal manera, es claro que el demandante cumple a cabalidad los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad común, toda vez que: (i) Fue declarado persona en situación de discapacidad; (ii) Perdió más del 50% de su capacidad laboral por una causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente. (iii) Acredita más de cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, la cual, dado el carácter degenerativo y paulatino de la enfermedad que padece, corresponde a aquella en que el afiliado vio disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado que le impidió

⁵⁵ Folio 53 del cuaderno 2 del expediente, del expediente T-5866425. || A folio 53 del cuaderno 2 del expediente T-5866425, consta que el señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través de la empresa ASOMED MEDELLÍN SAS las siguientes semanas: “01/07/2013-31/07/2013: 3.71 semanas; 01/08/2013-30/09/2013: 8.57 semanas; 01/10/2013-31/12/2013: 12.86 semanas; 01/01/2014-31/12/2014: 51.43 semanas; 01/01/2015-30/04/2015: 17.14 semanas; 01/05/2015-31/07/2015: 12.86 semanas; 01/08/2015-31/08/2015: 4.29 semanas; 01/09/2015-30/09/2015: 4.29 semanas; 01/10/2015-31/10/2015: 4.29 semanas; y 01/11/2015-30/11/2015: 4.29 semanas”.

desarrollar cualquier actividad económica productiva, la cual no es otra que la fecha del último aporte que registra al Sistema de Seguridad Social. Y (iv) la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y el origen de la contingencia fueron determinados por una compañía de seguros, razón por la cual la falta de reconocimiento de la pensión solicitada resulta injustificada y constituye una violación a sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social por parte Colpensiones. Por esto, y teniendo en cuenta que el mínimo vital del accionante depende del reconocimiento de la pensión reclamada, la Sala revocará las sentencias de primera y segunda instancia, y en su lugar amparará el derecho fundamental a la seguridad social del actor, materializado en el reconocimiento de su pensión de invalidez.

6.4. Con base en lo anterior, esta Sala concluye que Colpensiones violó los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, y a la seguridad social del señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, por lo que se concederá el amparo solicitado y se ordenará a dicho fondo de pensiones que en el término de 48 horas reconozca al actor la pensión de invalidez a que tiene derecho y pague las mesadas causadas y no prescritas desde entonces.

7. Al señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa se le vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social al no pagarle sus incapacidades médicas desde el día 181 hasta la fecha efectiva de la estructuración de su invalidez argumentando que ya había sido calificada su pérdida de capacidad laboral

7.1. Respecto del segundo problema jurídico planteado, y con base en las consideraciones expuestas, se tiene que el actor estuvo incapacitado desde el 23 de diciembre de 2013 hasta el 26 de julio de 2015, es decir, por un periodo de un año y 7 meses.⁵⁶ Posteriormente se le expedieron incapacidades desde el 22 de mayo de 2016 hasta el 16 de mayo de 2017.⁵⁷ No obstante lo anterior, el accionante manifestó mediante escrito del tres (3) de marzo de 2017, que *“(...) la EPS Comfenalco, entidad a la que me encontraba afiliado, pagó mis incapacidades hasta el día 180, y la entidad, en cumplimiento de la Ley 1562 de 2012 y demás normas concordantes, me remitió a Colpensiones a fin que este efectuara el procedimiento de calificación de mi pérdida de capacidad laboral (...), pero dicha entidad (...) no me ha pagado las incapacidades que le corresponden y me negó mi derecho a acceder a la pensión de invalidez, dejándome desprotegido pues es tan evidente mi grave estado de salud, que desde diciembre de 2014 (fecha en que la EPS no siguió pagando mis incapacidades), la EPS me sigue generando incapacidades por la gravedad de mi salud (...).”*⁵⁸

⁵⁶ Folios 55 al 79 del cuaderno 2, del expediente T-5866425.

⁵⁷ Folios 40-46 del cuaderno , del expediente T-5866425

⁵⁸ Folio 14 del cuaderno 1, del expediente T-5866425.

7.2. De conformidad con las disposiciones mencionadas en precedencia,⁵⁹ las incapacidades laborales por enfermedades generales que se causan a partir del día 181 corren por cuenta de la administradora de fondos de pensiones, hasta tanto el trabajador se recupere o su enfermedad sea valorada por la junta de calificación de invalidez. De tal manera que, en principio el accionante tendría derecho a que Colpensiones le pagara las incapacidades desde el día 181 hasta la fecha del dictamen de su pérdida de capacidad laboral, la cual es del 3 de abril de 2014. No obstante, se debe tener en cuenta que posterior a dicha fecha el señor Peláez Mesa continuó incapacitado, sin recibir pago alguno por concepto de dichas incapacidades, o de asignación salarial, o por pensión de invalidez, o por indemnización sustitutiva que le proveyera su sustento y el de su familia, quedando totalmente desamparado y agravando su situación de debilidad manifiesta.

7.3. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el pago de las incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, el accionante tiene derecho al pago de las incapacidades desde el día 181 hasta el momento considerado, en esta sentencia, como la fecha de estructuración de su invalidez (30 de noviembre de 2015), pues es a partir de este momento que se debe reconocer y pagar la pensión de invalidez. Por esto, la Sala amparará los derechos del actor, revocando la sentencia de segunda instancia que a su vez confirmó la providencia de primera instancia.

7.4. Así las cosas, esta Sala concluye que Colpensiones violó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, por lo que se concederá el amparo solicitado y se ordenará a dicho fondo de pensiones que, si aún no lo ha efectuado, pague dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia las incapacidades médicas desde el día 181 hasta el 30 de noviembre de 2015. Para ello, el fondo deberá verificar el día exacto hasta cuando la EPS pagó los primeros 180 días de incapacidad al actor.

8. Al señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez se le vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez argumentando que no cumple los requisitos para el efecto, consagrados en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, sin tener en cuenta que sí cumple los señalados en un régimen anterior en el cual realizó cotizaciones

8.1. En cuanto al tercer problema jurídico planteado, y con base en los criterios expuestos respecto de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa en el ámbito laboral, es claro que el señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, puesto que cumple a

⁵⁹ Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 1° del Decreto Reglamentario 2943 de 2013, y artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

cabalidad los requisitos para el efecto señalados en dicho régimen, y que no se le aplique la norma vigente al momento de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

8.2. La fecha de estructuración de la invalidez del actor es el 20 de mayo de 2015, por lo tanto, en principio, la norma aplicable al caso es la Ley 860 de 2003, que exige 50 semanas de cotización previas a dicha fecha. Así las cosas, el actor no sería acreedor de la prestación solicitada. No obstante, la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reconocido que en casos como éste es posible inaplicar la norma vigente cuando resulta regresiva,⁶⁰ y aplicar el régimen anterior que resulte más beneficioso al solicitante, siempre y cuando haya cumplido el requisito de tiempo de cotización antes de la entrada en vigencia de la nueva norma. Así, como se dijo anteriormente, si una persona ha cotizado 300 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, esta Corporación ha optado por aplicar el régimen del Decreto 758 de 1990, con el fin de dar prevalencia a los postulados constitucionales que buscan asegurar el acceso efectivo a la pensión de invalidez.

8.3. En el presente caso, el señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez cotizó 416,99 semanas en el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 1977 al 31 de diciembre de 1991,⁶¹ lo cual indica que fueron aportes hechos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1° de abril de 1994. De tal manera que le es aplicable el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprueba el Acuerdo 049 de 1990. Esta normativa exige como requisitos para acceder a pensión de invalidez los siguientes: *“i) ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido, lo cual se cumple a cabalidad en este caso ya que el actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de 56.14%;⁶² y ii) haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”*, requisito que, a la luz de los

⁶⁰ Sentencia T-295 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta sentencia la Corte hizo un juicio análisis de la jurisprudencia que nutre esta posición, el cual será tenido en cuenta en esta oportunidad, dado que se trata de asuntos con similares supuestos fácticos.

⁶¹ Folio 27 del cuaderno 2, del expediente T-5869963.

⁶² Al respecto, el artículo 5 del Decreto 758 de 1990 señala que: “1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte: a) INVALIDO PERMANENTE TOTAL. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base; b) INVALIDO PERMANENTE ABSOLUTO. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado. La cuantía básica de esta pensión será del 51% del salario mensual de base; c) GRAN INVALIDEZ. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia. La cuantía básica de esta pensión será del 57 % del salario mensual de base. 2. No se considera inválida por riesgo común, la persona que solamente pierde su capacidad laboral en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%) o cuya invalidez es congénita”.

principios constitucionales que rigen la seguridad social y en específico la pensión de invalidez, puede verificarse, como ya se dijo, antes de la entrada en vigencia de la norma actual, esto es, el 1° de abril de 1994, lo cual también se encuentra superado dado que el accionante cotizó 416.99 semanas antes de dicha fecha. Así las cosas, la falta de reconocimiento de la pensión solicitada constituye una violación de los derechos fundamentales del accionante por parte de Colpensiones. Por esto, la Sala revocará las sentencias de tutela de primera y segunda instancia, y en su lugar, amparará el derecho fundamental a la seguridad social del actor, materializado en el reconocimiento de su pensión de invalidez.

8.4. De acuerdo con lo señalado, esta Sala concluye que Colpensiones violó los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, y a la seguridad social del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez, por lo que se concederá el amparo solicitado y se ordenará a dicho fondo de pensiones que en el término de 48 horas reconozca al actor la pensión de invalidez a que tiene derecho, conforme al Decreto 758 de 1990, y pague las mesadas causadas y no prescritas desde entonces.

III. DECISIÓN

1. Un fondo de pensiones viola los derechos al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social de una persona cuando debe establecer la fecha de estructuración de pérdida de su capacidad laboral por sufrir una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, con el fin de adjudicar una pensión de invalidez y no tiene en cuenta que dicha fecha corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva, y no a la fecha en que tal proceso inició. Negar la pensión en tales casos es una violación especialmente grave.

2. Un fondo de pensiones viola los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de una persona cuando no paga las incapacidades generadas a partir del día 181 argumentando que la pérdida de capacidad laboral ya se calificó, sin tener en cuenta que posterior a dicha calificación continúa incapacitado y que no se le ha reconocido la pensión de invalidez y, por lo tanto, no percibe un ingreso que le permita suplir su mínimo vital y el de su familia durante el tiempo de su convalecencia.

3. Un fondo de pensiones viola los derechos al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social de una persona cuando niega el reconocimiento de la pensión de invalidez por no cumplir el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, pese a que debió haberle aplicado, en virtud del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa, el Decreto 758 de 1990, con base en el cual cumple los requisitos para alcanzar dicha prestación.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida el veinticinco (25) de julio de dos mil dieciséis (2016) por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Antioquia, que confirmó la decisión del Juzgado Promiscuo de Familia de Jericó, Antioquia, proferida el veintiuno (21) de junio de dos mil dieciséis (2016). En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa (expediente T-5.866.425).

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca al señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, la pensión de invalidez, conforme las consideraciones señaladas en esta sentencia, a partir del 1 de diciembre de 2015, y pague las mesadas causadas y no prescritas desde entonces.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones que, si aún no lo ha efectuado, pague al señor Carlos Augusto de Jesús Peláez Mesa, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, las incapacidades médicas desde el día 181 hasta el 30 de noviembre de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REVOCAR la decisión proferida el seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016) por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que confirmó la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, proferida el veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciséis (2016). En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas del señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez (expediente T-5.869.963).

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca al señor José Agustín Vizcaíno Rodríguez la pensión de invalidez, conforme al Decreto 758 de 1990, a partir de la fecha de estructuración de su invalidez, y pague las mesadas causadas y no prescritas desde entonces.

SEXTO:- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

AQUILES ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (e)

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS
Magistrado (e)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)