

T-003-13

Sentencia T-003/13

(Bogotá, D.C., enero 11)

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

Actualmente pueden acceder al derecho a la pensión de invalidez quienes logren demostrar que han perdido el 50% o más de su capacidad laboral y han realizado cotizaciones iguales o superiores a 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia por no cumplir requisito de haber cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de invalidez

No se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, cuando las entidades administradoras de pensiones niegan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, luego de demostrar que no se cotizaron 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Adicionalmente, cuando lo que se pretende es que se tengan en cuenta las cotizaciones realizadas luego de la fecha de estructuración, el demandante debe demostrar que éstas se hicieron como consecuencia de la capacidad residual que tenía para seguir laborando.

Referencia: expediente T- 3.608.163.

Fallos de tutela objeto revisión: sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de junio 26 de 2012, que confirmó la sentencia del Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali de mayo 16 de 2012, que negó la tutela de los derechos invocados por la accionante.

Accionante: María Graciela Baos en calidad de agente oficiosa de Eduardo Guamanga

Joaqui y en representación de su hija Angie Daniela Guamanga Joaqui.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luís Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda de tutela[1].

#### 1.1. Elementos de la demanda:

1.1.1. Derechos fundamentales invocados. Mínimo vital y vida digna.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración. La negativa por parte del Departamento de Pensiones del Seguro Social en reconocerle al señor Eduardo Guamanga Joaqui la pensión de invalidez, por no acreditar las 50 semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1º de la Ley 860 de 2003 – requisito de densidad –.

1.1.3. Pretensión. Ordenar al ISS que reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Eduardo Guamanga Joaqui o en su defecto que se ordene a la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A. que lo reubique en un cargo que pueda desempeñar de acuerdo a su discapacidad.

#### 1.2. Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. La accionante afirmó que es la compañera permanente del señor Eduardo Guamanga Joaqui[2], y que los dos son padres de la menor Angie Daniela Guamanga Baos, la cual padece un síndrome que le impide caminar denominado “Mielomeningosele”[3].

1.2.2. Indicó que el señor Eduardo Guamanga celebró el 6 de enero de 2009 contrato de trabajo con la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A.[4], y que durante la ejecución del mismo, la EPS Cruz Blanca en julio de 2009 le diagnosticó una enfermedad de origen común denominada síndrome “Pop astrocitoma anaplastico GIII”, sin que después de varios meses de terapia lograra rehabilitarse.

1.2.3. Por lo anterior, medicina laboral del Instituto de Seguro Social mediante dictamen notificado el 19 de mayo de 2010 calificó al señor Guamanga con una pérdida de capacidad laboral del 65.15% y con fecha de estructuración 10 de julio de 2009[5].

1.2.4. Igualmente, reseñó que el 3 de junio de 2010 su compañero solicitó al Instituto del Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución No.11665 de octubre 28 de 2010[6] debido a que no acreditó 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, puesto que sólo cotizó 12 semanas dentro de ese término.

1.2.5. Afirmó que no interpuso los recursos de vía gubernativa, pero que tiempo después se dio cuenta que el ISS no había registrado las cotizaciones realizadas por la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A., correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2008, que sumadas ascienden a 22 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

1.2.6. Señaló que por la invalidez de su compañero permanente, está obligada a trabajar como empleada doméstica por horas o por días. Agrega que sus ingresos mensuales ascienden a los \$300.000, con un egreso de \$200.000 por canon de arrendamiento[7], siendo esto insuficiente para sufragar los gastos de manutención de su familia y los servicios de salud que requiere su hija.

## 2. Respuesta de la entidad accionada.

### 2.1. Instituto de Seguros Sociales – Pensiones.

Mediante auto de mayo 3 de 2012, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali avocó el conocimiento de las diligencias y dispuso correr traslado de la demanda al Gerente Seccional del ISS y al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado – Seccional Valle del Cauca, otorgando un término de veinticuatro (24) horas hábiles para la respectiva contestación. No obstante, vencido el término, la entidad accionada guardó silencio[8].

### 2.2. Empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A.[9]

Solicitó que se le absolviera de todo cargo, argumentando que se trata de una solicitud de pensión que sólo debe ser debatida ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral. Sobre la solicitud

de reintegro o reubicación manifestó que es imposible cumplirla ya que el contrato de trabajo del señor Eduardo Guamanga se encuentra vigente, nunca ha sido despedido, ni su contrato liquidado. Señaló que ha cancelado los aportes a pensión y a salud para que al beneficiario de la prestación le sea reconocido su derecho pensional. Por lo tanto no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

### 3. Decisiones de tutela objeto de revisión:

#### 3.1. Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali del 16 de mayo de 2012.

Negó la tutela de los derechos invocados por la accionante, teniendo en cuenta que el acto administrativo que negó la pensión es susceptible de ser atacado a través de los recursos de vía gubernativa, que no agotó la accionante, y de la jurisdicción contenciosa administrativa. Señaló además que no se presume la urgencia del amparo por cuanto dejó transcurrir casi dos (2) años entre la resolución que negó la prestación (expedida octubre 28 de 2010) y la presentación de la acción de tutela (mayo 2 de 2012).

De igual forma, resolvió desvincular del proceso constitucional a la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A., al considerar que a pesar de seguir incapacitado el señor Guamanga Joaqui, la empresa le ha seguido pagando sus aportes a pensión y salud de forma cumplida. Además señaló que “mal se haría en ordenarle a su empleador ubicarlo en un puesto que no podría desempeñar, además que en la respuestas que ha dado la representante legal de la compañía el señor Guamanga no está en capacidad de realizar ninguna actividad laboral.”

#### 3.2. Impugnación[10].

Manifestó la accionante que el a quo no tuvo en cuenta que la demanda de tutela fue presentada por sujetos de especial protección constitucional. En ese sentido resultaba desproporcionado exigir el agotamiento de los recursos administrativos o acudir a la jurisdicción ordinaria, cuando el término prolongado de solución de estos procesos no garantiza la protección de los derechos invocados, siendo entonces la acción de tutela el mecanismo eficaz para garantizar el amparo. Por último, señaló que la resolución que negó la pensión sólo se notificó hasta el 13 de mayo de 2011, término que se considera

razonable para la interponer la tutela.

3.3. Sentencia de Segunda Instancia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali de 26 de junio de 2012.

Confirmó el fallo de tutela de primera instancia, argumentando que no se cumplen los siguientes requisitos: (i) inmediatez, porque si bien es cierto que la resolución atacada fue notificada hasta el 13 de mayo de 2011, también lo es que un término tan largo desvirtúa la urgencia del amparo o la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se alega la vulneración del mínimo vital; (ii) residualidad, toda vez que no se demuestra que los medios ordinarios con los que cuenta la accionante son ineficaces; y (iii) no existe certeza de la titularidad del derecho, puesto que de las 50 semanas que necesita el accionante, su historia laboral prueba que sólo cuenta con 41,86 semanas cotizadas al sistema.

## II. CONSIDERACIONES.

### 1. Competencia.

#### 1.1. Competencia de la Corte.

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales mencionadas, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-[11].

### 2. Procedencia de la demanda de tutela[12].

2.1. Alegación de afectación de derecho fundamental. Alega que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de su compañero permanente y de su menor hija.

2.3. Legitimación activa. La señora María Graciela Baos en calidad de agente oficiosa de su compañero permanente discapacitado y en representación de su hija menor de edad, presentó la demanda de tutela para solicitar la protección de los derechos fundamentales que fueron presuntamente vulnerados con la actuación de las entidades demandadas, porque los titulares de los derechos invocados no están en condiciones de promover su propia defensa. (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 10º)

2.3. Legitimación pasiva. Con relación al Instituto de Seguros Sociales – en liquidación[13], al ser una entidad pública que presta el servicio público de seguridad social es susceptible de demanda de tutela. (CP, artículos 48, 86, y 365.2 Superior, y artículo 5 del Decreto 2195 de 1994). No obstante, es de aclarar que quien ostenta la calidad de afiliado cotizante es el señor Eduardo Guamanga y no la menor Angie Daniela Guamanga Joaqui, por lo cual frente a ésta no existiría legitimación en contradictorio por pasiva.

2.3.1. La Sala advierte que la accionante también demandó a la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A., pero sin especificar en el escrito de tutela cual fue la conducta desplegada por esta empresa que amenazó los derechos fundamentales del señor Eduardo Guamanga, solamente en el numeral décimo de los hechos relató: “Actualmente mi compañero marital no trabaja debido a su condición de discapacidad laboral y la Empresa donde laboraba al momento de presentarse la disminución de su capacidad laboral, Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A., a raíz de la incapacidad laboral surgida, le ha continuado pagando los aportes correspondientes a pensión y salud, no le paga salario alguno, ni le ha liquidado el contrato de trabajo, ya que dicen estar esperando a que se pensione.” en ese orden, solicitó al juez constitucional como pretensión subsidiaria que se ordenará a la empresa accionada reintegrar o reubicar al señor Guamanga Joaqui en un cargo u oficio que pueda desempeñar de acuerdo al grado de invalidez que presenta.

2.3.2. Por su parte, la empresa accionada frente a las afirmaciones hechas por la accionante respondió que desde la celebración del contrato de trabajo, el señor Guamanga Joaqui ha estado afiliado a la seguridad social integral en salud a la EPS Cruz Blanca y al fondo de pensiones del Instituto de Seguro Social, y que la empresa ha cancelado cumplidamente los aportes a pensión y salud, como también las prestaciones sociales de cesantía, teniendo en cuenta que el trabajador aún se encuentra vinculado a la empresa. Dichas afirmaciones fueron respaldadas con los comprobantes de pago allegados con la contestación de la demanda[14].

2.3.3. Así entonces, se encuentra probada la falta de legitimación en el extremo pasivo de la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A., en la medida que la accionada no ha desplegado ninguna actuación arbitraria que afecte los derechos fundamentales invocados por la accionante. Por el contrario, quedó demostrado que ha cumplido con el deber legal de velar por la seguridad del trabajador discapacitado hasta tanto éste pueda acceder a la

pensión de invalidez. Unido a esto, no es posible que el juez constitucional ordene a la empresa accionada que reintegre al señor Guamanga Joaqui, pues la pérdida de capacidad laboral que tiene este trabajador le impide desempeñarse con normalidad en las actividades laborales que puede ofrecerle la empresa. En consecuencia, la Sala confirmará la orden de los jueces de instancia de desvincular a la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A. del presente proceso de tutela.

2.4. Inmediatez. La conducta que presuntamente causó la vulneración, se ocasionó el 13 de mayo de 2011, cuando el señor Guamanga Joaqui tuvo conocimiento de la resolución No.11665 del 28 de octubre de 2010 que le negó la pensión de invalidez[15], y la acción de tutela fue interpuesta el 2 de mayo de 2012[16], plazo que se encuentra justificado para reclamar la protección de sus derechos presuntamente vulnerados[17], teniendo en cuenta que además de responder por el cuidado de su compañero permanente invalido y el de su hija discapacitada, tiene que laborar como empleada doméstica por horas o por días, con el fin de proveer a su familia los recursos económicos que dejó de proporcionar su compañero a causa de su invalidez.

2.5. Subsidiariedad. La Carta Política en su artículo 86 establece que la acción de tutela sólo será procedente cuando el tutelante no disponga de otro medio de defensa, o que existiéndolo, éste resulte ineficaz, caso en el cual el recurso de amparo procederá como mecanismo transitorio.

2.5.1. La jurisprudencia constitucional en reiterados pronunciamientos[18], ha determinado que, la acción de tutela se torna improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, debido a que la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa dependiendo del caso, son las encargadas de recibir las solicitudes, estudiar el cumplimiento de los requisitos legales y dirimir las controversias que surjan entre las partes.

2.5.2. En ese sentido, sobre el derecho a la seguridad social, específicamente el derecho a la pensión de invalidez, por regla general no es susceptible de tramitarse y otorgarse a través de la acción de tutela, debido a que ésta tiene por finalidad la garantía de los derechos fundamentales y tiene un carácter esencialmente residual y subsidiario. Así mismo, se ha precisado que el conocimiento de solicitudes de aspectos litigiosos de

naturaleza legal y prestacional, competen a la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa, según el caso, y por ende, escapan al ámbito del juez constitucional.

2.5.3. Sin embargo, excepcionalmente, la Corte ha considerado que la acción constitucional resulta procedente para el reconocimiento de derechos prestacionales en aquellos casos en que existiendo otros mecanismos ordinarios de protección, estos no sean lo suficientemente eficaces e idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, o cuando recae sobre un sujeto de especial protección, como las personas en situación de discapacidad[19].

2.5.4. En el caso bajo estudio, el señor Guamanga Joaqui de 29 años, padece de enfermedad “Pop Astroctomia Anaplastico GIII”[20], lo que le impide desenvolverse adecuadamente en el ámbito laboral y en efecto obtener los ingresos que le permitan satisfacer sus necesidades y las de su núcleo familiar. Sobre el particular, la agente oficiosa en el escrito de tutela manifestó que: “Actualmente mi compañero marital no trabaja debido a su condición de discapacidad laboral y la Empresa donde laboraba al momento de presentarse la disminución de su capacidad laboral, MEJIA INGENIERIA Y ARQUITECTOS SA, a raíz de la incapacidad laboral surgida le continuado pagando los aportes correspondientes a pensión y salud, no le paga salario alguno, ni le ha liquidado el contrato de trabajo, ya que dicen estar esperando a que se pensione.(Subrayado fuera del original). Es importante resaltar que dicha afirmación no fue desvirtuada por el ISS, ni por la empresa Mejía Ingeniería y Arquitectos SA, por lo tanto se tendrán como ciertos estos hechos.

2.5.5. En virtud de lo anterior, si bien la accionante cuenta con mecanismos ordinarios para controvertir la negativa del ISS y así conseguir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de su compañero, teniendo en cuenta que en este caso se trata de un sujeto de especial protección, el análisis que hace el juez constitucional sobre el requisito de subsidiariedad en la acción de tutela debe flexibilizarse, lo que implica que, debe estudiarse en concreto, si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección efectiva del derecho fundamental presuntamente vulnerado[21]. En ese sentido, esta Sala considera que, en el presente caso, se satisface el requisito de subsidiariedad, ya que los medios ordinarios de defensa judicial no resultan idóneos y eficaces frente a las circunstancias especiales del señor Guamanga. Por tanto, resulta procedente esta acción constitucional para reconocer el derecho prestacional reclamado,



siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para su otorgamiento.

### 3. Problema jurídico.

¿Vulneró el Instituto de Seguros Sociales -en liquidación- el derecho al mínimo vital y a la seguridad social del señor Eduardo Guamanga Joaqui, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento que no cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por la Ley 860 de 2003?

3.1. Los requisitos establecidos por la Ley para el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez.

3.1.1. La pensión de invalidez es un derecho de carácter legal, el cual encuentra sustento en el artículo 48 de la Constitución Política, que define a la seguridad social como un servicio público de carácter fundamental y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

3.1.2. Este derecho de contenido prestacional, tiene como finalidad proteger los derechos al trabajo y al mínimo vital de la persona que ha sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, y que depende económicamente de su salario. Para que ésta sea otorgada, la entidad encargada tendrá que hacerlo de acuerdo a las disposiciones legales vigentes que regulan la materia.

3.1.3. Así, en desarrollo de los artículos 25, 48 y 53 de la Carta Política, el Legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones recogido en la Ley 100 de 1993, donde concretamente definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr el reconocimiento y pago de dicha prestación[22]. Empero, este artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056 del mismo año.

3.1.4. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la Ley 860 de 2003 que cambió los requisitos establecidos para acceder a la pensión de invalidez. Tiempo después, la Sentencia C-428 de 2009 entró a resolver si las condiciones establecidas por la

Ley 860 de 2003, en comparación con las establecidos en el artículo 39 de la ley 100, resultaban contrarias al principio de progresividad. De acuerdo con lo analizado, declaró la constitucionalidad del requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y declaró la inexecutable del requisito de fidelidad al Sistema.

3.1.5. En consecuencia, actualmente pueden acceder al derecho a la pensión de invalidez quienes logren demostrar que han perdido el 50% o más de su capacidad laboral[23] y han realizado cotizaciones iguales o superiores a 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

#### 4. Caso concreto.

4.1. En el presente asunto, el señor Eduardo Guamanga Joaqui, a través de su compañera permanente como agente oficiosa, presentó demanda de tutela contra el ISS por considerar que vulneró sus derechos fundamentales, al negarle la pensión de invalidez, por no cumplir con el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez -requisito de densidad de cotizaciones.

4.2. Como se mencionó en la parte considerativa de esta providencia, a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, la persona que pretenda el reconocimiento de la pensión de invalidez debe acreditar: (i) una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral; y que (ii) realizó cotizaciones iguales o superiores a 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

4.2.1. La Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009 declaró executable la exigencia de 50 semanas de cotización, al considerar que no se trataba de una exigencia regresiva en cuanto, no obstante aumentar la exigencia numérica de semanas de cotización, amplió el tiempo a tener en cuenta para el cumplimiento de dichas semanas. Sin embargo, en esa misma oportunidad, esta Corporación declaró la inexecutable del requisito de fidelidad al sistema de seguridad social en pensiones, en virtud de que la medida creaba una exigencia que no resultaba legítima desde el punto de vista constitucional, ya que no existía antes de la promulgación de la ley 860 y, por tanto, hacía más gravoso el cumplimiento de los requisitos por parte de los afiliados disminuyendo la amplitud de la protección prevista. Por

esta razón la Corte no encontró que, desde el punto de vista constitucional, esta disposición tuviera una finalidad legítima y plausible que justificara la nueva exigencia para acceder a la pensión de invalidez, esto es, el haber cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha en que arribó a la edad de 20 años y el momento de la primera calificación de invalidez.

4.3. Ahora bien, para determinar si una persona cumple o no, con el requisito de densidad de cotizaciones, se debe tener en cuenta dos factores: (i) la fecha en la cual se estructuró la invalidez, y (ii) si dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, la persona cotizó una cifra igual o superior a 50 semanas.

4.3.1. En primer lugar, la fecha de estructuración de la invalidez debe corresponder al momento en el que la persona pierde de forma permanente y definitiva su capacidad para trabajar. En ese sentido, lo estableció el Manual Único para la calificación de la invalidez, Decreto 917 de 1999[24], que en su artículo 3° señaló que “el momento de estructuración de la invalidez de una persona es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación” (Subrayado fuera del texto original). Por disposición legal, le “corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, 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 una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias”[25]; en caso que la persona este inconforme con la calificación puede acudir a las juntas de calificación de invalidez del orden regional y nacional, para impugnar el dictamen.

4.3.2. La Corte en reiteradas ocasiones ha revisado casos en los cuales los accionantes con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas controvierten en sede de tutela la fecha de estructuración de la invalidez porque ésta ha sido erróneamente definida. En esos casos, esta Corporación a concluido que las entidades responsables de establecer la fecha de estructuración de invalidez fijaron el momento en el que ocurrió la invalidez alejados de la realidad, desconociendo que el accionante con posterioridad a la presunta fecha de

estructuración de invalidez, continuó con las habilidades, destrezas y aptitudes que le permitieron desarrollar un trabajo y percibir por él una retribución económica, lo que en consecuencia le permitió cotizar al Sistema General de Seguridad Social, en salud y en pensiones.

En ese orden, esta Corporación ha determinado que se tiene en cuenta para efectos de verificar si el peticionario cumple con los requisitos de la pensión, las semanas que haya cotizado con posterioridad a la fecha de estructuración controvertida. Esto en el entendido que el peticionario continuó siendo apto para procurarse los ingresos que posibilitaban su congrua subsistencia y que le ayudaron a realizar los aportes a pensión.

4.4. Sin embargo, en el caso bajo estudio, el accionante no discute la certeza del dictamen de calificación ni de la fecha de estructuración de su invalidez, ni alega que la misma sea arbitraria o incierta, ni mucho menos que no corresponda al momento real en el que perdió su capacidad laboral. Por el contrario, las afirmaciones hechas dentro del proceso de tutela por la pareja del accionante y por la empresa demandada, Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A., coinciden en que el señor Eduardo Guamanga Joaquín fue incapacitado para trabajar desde julio de 2009; momento que también concuerda con la fecha de estructuración de invalidez fijado por el ISS. En el escrito de tutela la pareja del accionante sostuvo que: “En julio de 2009, le fue diagnosticado por la EPS (...) enfermedad de origen común, síndrome clínico denominado POP ASTROCITOMIA ANAPLASTICO GIII, motivo por el cual, después de varios meses de tratamiento infructuoso, es remitido por la EPS a la valoración de la Pérdida de Capacidad Laboral (...); en igual sentido, la empresa accionada en la contestación de la tutela afirmó: “ (...) el señor accionante sufre de origen general consistente en astrictomaanaplastico lo cual ha acarreado que haya sido incapacitado desde julio de 2009 y hasta la fecha por la EPS CRUZ BLANCA (...)”

4.4.1. Por lo tanto, para efectos de determinar si el accionante cumple o no, con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, se tendrá como cierta la fecha de estructuración del 10 de julio de 2009, que dictaminó la Junta Médico Laboral del ISS. Lo anterior, con fundamento en las circunstancias del caso concreto, los alegatos de las partes y las pruebas allegadas, las cuales demuestran que: (i) no existe inconformidad del accionante respecto de su fecha de estructuración, tanto así que, no controvertió el dictamen del ISS ante las juntas de calificación de invalidez, ni en sede de tutela; y que (ii)

la fecha de estructuración de invalidez del señor Guamanga Joaqui (10 de julio de 2009), coincide con las afirmaciones que hicieron el accionante y la empresa accionada en sede de tutela, relacionadas con el momento en el cual el actor perdió su fuerza laboral.

4.5. El segundo factor del requisito de densidad de cotizaciones, consiste en determinar si dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, la persona cotizó una cifra igual o superior a 50 semanas. Por ello, la Sala procederá a realizar la verificación de las semanas que el accionante cotizó con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez del 10 de julio de 2009, para determinar si la accionada transgredió los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia comprobar si procede el reconocimiento de la pensión de invalidez por medio del mecanismo constitucional.

4.5.1. Una vez revisado el reporte de semanas cotizadas en pensiones[26], se observa que el señor Eduardo Guamanga Joaqui cotizó un total de 94.86 semanas desde el 1 de noviembre de 2002 hasta el 31 de octubre de 2011; semanas que al discriminarse por periodos se resumen así:

Nombre o Razón social.

Desde.

Hasta.

Total.

Proteger C.T.A.

01-11-2002

30-11-2002

2.43

Proteger C.T.A.

01-12-2002

31-12-2002

4.14

Global Solidaria precoop.

01-06-2003

30-06-2003

4.00

Global Solidaria precoop.

01-07-2003

31-12-2003

25.71

Claudia L. Fernández G.

01-09-2005

30-09-2005

0.29

Claudia L. Fernández G.

01-10-2005

30-11-2005

4.29

CTA Soluciones Laborales

01-03-2008

31-03-2008

3.57

41,86

CTA Soluciones Laborales

01-04-2008

30-04-2008

4.29

CTA Soluciones Laborales

01-05-2008

31-05-2008

4.29

CTA Soluciones Laborales

01-06-2008

30-06-2008

4.00

Mejía Restrepo

01-01-2009

30-06-2009

25.71

Juan Carlos Mejía Restrepo

01-09-2009

31-10-2009

4.28

Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A.

01-10-2009

31-10-2009

3.57

Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A.

01-11-2009

30-11-2009



4.29

Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A.

01-01-2010

31-12-2010

Mejía Ingeniería y Arquitectos S.A.

01-01-2011

31-10-2011

0.00

Total de semanas cotizadas.

94.86

4.5.2. Nótese que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración (10 de julio de 2009) se encuentran reportadas desde junio 30 de 2009 hasta el 1 de marzo de 2008 un total de 41,86 semanas cotizadas. Si bien es cierto este número de semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez es superior al número de semanas que sirvieron como fundamento al ISS para negar el reconocimiento y pago del derecho pensional; no se satisface el requisito de densidad – 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración-, que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º

de la Ley 860 de 2003, para acceder a la pensión de invalidez.

Sin embargo, como el accionante afirma que tiene duda de que el ISS haya registrado correctamente las cotizaciones que realizó su empleador, y que la misma entidad tiene la obligación de registrar los pagos de los aportes a pensiones, que realicen los empleadores respecto de sus trabajadores. Debe recordársele al actor que tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para que en esa sede se determine si el Instituto de Seguros Sociales vulneró su derecho a la seguridad social, máxime, cuando en el expediente del proceso de tutela no se aportan las pruebas que así lo demuestren.

4.5.3. En un caso similar al presente, mediante sentencia T-115 de 2009 la Corte precisó lo siguiente: “Si bien existen situaciones excepcionales, como que la persona se halle expuesta a un perjuicio irremediable, la viabilidad de la acción estará sujeta a que se encuentren probados los elementos que lo caracterizan, como su inminencia, gravedad, impostergabilidad y la necesidad de tomar medidas urgentes, pero además se requiere que se encuentren cumplidos los requisitos legalmente establecidos, para que se pueda obtener el reconocimiento pensional.”(Subrayado fuera del original)

4.5.4 Así entonces, la Sala advierte que si bien de las pruebas y hechos expuestos en el proceso de tutela se deduce que las circunstancias por las cuales atraviesa el señor Eduardo Guamanga Joaqui y su familia son difíciles, el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el otorgamiento de la pensión de invalidez, hace inviable para el juez constitucional declarar la prosperidad del amparo, en tanto que no puede conceder el amparo de un derecho, que en si mismo no ha sido consolidado.

4.5.5. En consecuencia, la Sala de Revisión considera que no es factible conceder la pretensión del reconocimiento y pago de la prestación reclamada, por lo tanto confirmará la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de junio 26 de 2012, que confirmó la sentencia del Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali de mayo 16 de 2012, la cual negó la tutela de los derechos invocados por la accionante.

4.6. No obstante, la Sala advierte al señor Guamanga Joaqui sobre las alternativas legales que le asisten al no cumplir con las exigencias para acceder a la prestación solicitada, ya que puede solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez contenida en el artículo 45 de la ley 100 de 1993, que establece:

“INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley;”

4.6.1. Sobre estos derechos que tiene la facultad de reclamar la persona en estado de invalidez que no cumplió los requisitos para acceder a su pensión, en sentencia T-286 de 2008, la Corte señaló: “el derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Así, la indemnización sustitutiva, solo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien, como se anotó, puede libremente optar bien por elevar el requerimiento para el reconocimiento de esta prestación, o bien por continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez”.

## 5. Conclusión.

### 5.1. Síntesis del caso.

El accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por estar calificado con el 65% de pérdida de capacidad laboral, y argumentando que se le tuvieran en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración. La solicitud le fue negada por el ISS por no cumplir el requisito de densidad, declarado exequible por la Corte Constitucional.

La Corte resolvió negar el derecho solicitado, pues de las pruebas allegadas al proceso se demostró que la conducta del ISS esta acorde con la legislación vigente, en la medida que la negativa de la pensión de invalidez responde al incumplimiento de los requisitos que la ley exige para acceder al reconocimiento y pago de la prestación solicitada, esto es, tener, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de restructuración de la invalidez, 50 semanas de cotización. Respecto de las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración, esta Sala

consideró que no deben ser tenidas en cuenta, porque no fueron consecuencia de la capacidad residual con que contaba el trabajador para continuar laborando, sino por las cotizaciones que el empleador realizó por el tiempo de la incapacidad.

## 5.2. Regla de la decisión.

No se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, cuando las entidades administradoras de pensiones niegan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, luego de demostrar que no se cotizaron 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Adicionalmente, cuando lo que se pretende es que se tengan en cuenta las cotizaciones realizadas luego de la fecha de estructuración, el demandante debe demostrar que éstas se hicieron como consecuencia de la capacidad residual que tenía para seguir laborando.

## III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

### RESUELVE:

Primero.- NEGAR la tutela de los derechos invocados por la señora María Graciela Baos, como agente oficiosa del señor Eduardo Guamanga Joaqui, en consecuencia CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de junio 26 de 2012, que confirmó la sentencia del Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali de mayo 16 de 2012, por las consideraciones expuestas con antelación.

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

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Demanda de tutela presentada el 2 de mayo de 2012. Folios 1 a 5. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[2] Declaración extraprocesal suscrita el 3 de octubre de 2011 por el señor Eduardo Guamanga Joaqui y María Graciela Baos Joaqui, en la que manifiestan que tiene una unión marital de hecho y que son padres de la menor Angie Daniela Guamanga Baos. Folio 11.

[3] Historia clínica de 28 de septiembre de 201 de la menor Angie Daniela Guamanga Baos, en la cual se manifiesta: “PACIENTE CON ANTECEDENTE DE MIELOMENINGOCELE (...) AHORA POSTRADA NO REALIZA MARCHA POR SECUELAS NEUROLÓGICAS.” (Mayúsculas del texto original)

[4] Fotocopia del contrato de trabajo allegado por la empresa accionada. Folio 36.

[5] Folio 17.

[6] Folios 9 y 10.

[7] Fotocopia del contrato de arrendamiento con fecha de octubre 31 de 2010. Folio 16.

[8] Folios 21 a 23.

[9] Folios 27 a 33.

[10] Folios 144 a 149.

[11] En Auto del trece (13) de septiembre de 2012 de la Sala de Selección de tutela No. 9 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

[12] Constitución Política, artículo 86.

[13] Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012 “Por medio del cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”. Artículo 1°. (...) a partir de la vigencia del presente decreto, esta entidad entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación “Instituto de Seguros Sociales en Liquidación”.

[14] Folios 41 a 115.

[15] Folio 8.

[16] Folio 5.

[17] Corte Constitucional, Sentencias SU-961 de 1999, T-1229 de 2000, T-173 de 2002, T-558 de 2002, T-797 de 2002, T-684 de 2003, T-1000 de 2006, T-1050 de 2006, T-1056 de 2006, T-185 de 2007, T-681 de 2007, T-364 de 2007, T-095 de 2009 y T-265 de 2009, entre muchas otras.

[18] Sentencia T-839 de 2010 que a su vez cita la sentencia T-1025 de 2005 en la que se señaló: “Ahora bien, esta Corporación también ha establecido que, por regla general, las controversias relacionadas con la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales y reglamentarias relacionadas con la seguridad social, no corresponden, en principio, al ámbito propio de determinación de los jueces de tutela, sino que deben ser resueltas a través de los mecanismos judiciales ordinarios que brinda el ordenamiento legal. Así, en algunos casos será necesario acudir a la justicia ordinaria laboral para que ella zanje con su decisión el conflicto planteado; en otros, en razón de la calidad de las partes o de la naturaleza de la pretensión, serán los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa los encargados de decidir en el caso concreto, salvo que, en aplicación de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la ocurrencia de un perjuicio irremediable haga necesaria la protección transitoria por vía de tutela de los derechos fundamentales del afectado”.

[19] En la Constitución de 1991 se establecieron varias disposiciones en las que se prodiga una especial protección a las personas con discapacidad, entre las que encontramos los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Carta Política, que aseveran que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, agregando que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. En igual sentido, el artículo 47 de la Carta Política establece que el Estado “adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; a su vez, el artículo 54 superior preceptúa de manera expresa el deber del Estado de “... garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, determina en su último inciso que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”. De los anteriores mandatos constitucionales se deduce que la voluntad del constituyente de 1991, buscaba otorgarle una especial protección a todos aquellos que por sus condiciones particulares se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con el fin de atenuar las diferencias entre los sujetos de especial protección y las otras personas, para lo que el Estado pondrá en marcha y al servicio de estos todo su aparato institucional.

[20] Folio 17.

[21] En sentencia T-384 de 1998 esta Corte explicó que: “(...) no es suficiente que el juez constitucional afirme que es improcedente la protección que se le solicita, ante la simple existencia de otros medios de defensa judicial, pues está obligado a evaluar si la lesión del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado, podría obtener igual o mayor protección a la que él prodigaría, si el afectado hace uso de los mecanismos ordinarios, y, si su puesta en ejecución, no degeneraría en una lesión mayor de los derechos del afectado, a la que ya ha recibido, o que podría recibir.”

[22] El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 establece que: “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”.

[23] El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 dispone: “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.”

[24] Modificadorio del Decreto 692 de 1995.

[25] Artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

[26] Folios 13 y 14.