

Sentencia T-057/17

PENSION DE INVALIDEZ-Caso en que se niega reconocimiento de la pensión de invalidez, por incumplir el requisito de cotización de 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Procedencia excepcional

La Corte ha sostenido que la tutela puede ser interpuesta para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como, (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento 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 quien preste este servicio público.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Reiteración de jurisprudencia

La Corte, en variada jurisprudencia, se ha pronunciado sobre el principio de progresividad manifestando que este genera una limitación para el legislador de establecer medidas que

vayan en retroceso de los avances que se hayan logrado a favor de los asociados y, en consecuencia, desarrolló la doctrina de la “inconstitucionalidad prima facie” de las medidas regresivas, según la cual toda medida regresiva se presumirá desde su inicio como inconstitucional y le corresponderá al legislador argumentar que la medida es proporcionada y se ajusta a la Constitución.

#### PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

La pensión de invalidez, es una prestación que suple los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo.

#### PENSION DE INVALIDEZ-Evolución de los requisitos

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez

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

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: Expedientes acumulados T-5.790.387 y T-5.791.326

Demandantes: Mario y Pedro Nel Hernández Quiroz

Demandados: Colpensiones

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

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

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos (i) el 26 de mayo de 2016 por la Sala Cuarta de Oralidad de Tribunal Administrativo de Antioquia que, a su vez, confirmó el dictado el 8 de marzo de 2016 por el Juzgado 22 Administrativo Oral de Medellín, en el trámite iniciado por Mario contra Colpensiones dentro del expediente T-5.790.387 y (ii) el 2 de junio de 2016 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en Oralidad de Armenia en el trámite iniciado por Pedro Nel Hernández Quiroz contra Colpensiones dentro del expediente T-5.791.326.

### I. ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política y el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número Diez de la Corte Constitucional, mediante auto del siete (7) de octubre de dos mil dieciséis (2016), decidió seleccionar para revisión los fallos de tutela correspondientes a los expedientes T-5.790.387 y T-5.791.326. De igual forma, en dicho proveído, la Sala resolvió acumular estos expedientes, por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una misma sentencia.

### II. Antecedentes

#### 1.1 La solicitud

El señor Mario promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que considera tener derecho.

## 1.2 Reseña fáctica

\* El señor Mario tiene, a la fecha, 55 años de edad. Está diagnosticado con “VIH positivo C3”. Tiene un total de 252,43 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, entre el 27 de junio de 1988 al 31 de agosto de 2015.

– Como consecuencia de su padecimiento, el 5 de noviembre de 2013, Colpensiones, lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 56.35%, de origen común y con fecha de estructuración del 16 de agosto de 2002.

– Posteriormente, el actor solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue resuelta de manera negativa a través de la Resolución GNR 149856 del 4 de mayo de 2014, bajo la consideración según la cual, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral no había cotizado y, por tanto, no cumplía con el requisito exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber, contar con cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración señalada en el dictamen.

– Recurrida la anterior decisión, Colpensiones expidió la Resolución VPB16138 del 18 de septiembre de 2014, a través de la cual, confirmó lo contenido en el acto

administrativo del 4 de mayo de 2016.

- El accionante indica que, si bien es cierto no tiene cotizaciones realizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, si cuenta con más de 61 semanas cotizadas entre los años 1991 y 2011 y con aportes posteriores a la fecha de estructuración que podrían ser tenidas en cuenta a efectos de conceder el beneficio pensional.

### 1.3 Pretensión

El señor Mario, pretende que se le amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones que reconozca y pague la pensión de invalidez a la que considera tiene derecho, por contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tener más de 50 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, con posterioridad a la fecha de estructuración de la disminución laboral.

### 1.4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Mario (folio 7).
- Copia de la Resolución GNR 149856 del 4 de mayo 2014 expedida por Colpensiones, a través de la cual se niega una solicitud de pensión de invalidez (folio 8).
- Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones por el señor Mario, actualizado al 22 de febrero de 2014 (folio 9 y 10).

- Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones por el señor Mario, actualizado al 11 noviembre 2015 en el que se evidencia: “Diagnostico motivo de calificación y código CIE10: Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana (vih), sin otra especificación” (folio 11 y 12).
- Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el 5 de noviembre de 2013 (folios 13 a 17).
- Copia de la Resolución VPB 16138 del 18 de septiembre de 2014, a través de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución GNR 149856 del 4 de mayo 2014 (folios 18 y 19).

#### 1.5. Oposición a la acción de tutela

El 29 de febrero de 2016, el Juzgado Veintidós Administrativo Oral de Medellín, admitió el recurso de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones propuestas en la presente acción de tutela. No obstante, vencido el término, no se allegó contestación de Colpensiones.

#### 1.6. Decisión de primera instancia

El Juzgado Veintidós Administrativo Oral de Medellín, en providencia del 8 de marzo de 2016 negó el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del señor Mario al considerar que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad pues el actor no ha acudido al procedimiento ordinario. Asimismo, indicó que no se evidenciaba un perjuicio irremediable que hiciera necesaria la intervención del juez constitucional.

## 1.7. Impugnación

## 1.8. Segunda instancia

El 26 de mayo de 2016, la Sala Cuarta de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia confirmó la decisión tomada por el a quo argumentando que el actor pretende eludir el trámite ordinario laboral, basando tal solicitud en la enfermedad que dice padecer como perjuicio irremediable. No obstante, sostiene que en el expediente no se encuentra ningún documento del que se pueda evidenciar que es cierto que padece esa enfermedad.

## 2. Expediente T-5.791.326

### 2.1 La solicitud

El señor Pedro Nel Hernández Quiroz promovió acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones., al haberle negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

### 2. %1.2 . Reseña fáctica

- El señor Pedro Nel Hernández Calderón tiene, a la fecha, 70 años de edad. Padece de



secuelas de una fractura de la muñeca y la mano, síndrome del túnel carpiano, lesión nervio radial, ceguera de un ojo, visión subnormal y episodios depresivos no especificados. Tiene un total 752,29 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones entre el 1 de diciembre de 1996 y el 31 de enero de 2012.

- Por tal motivo, solicitó a la administradora de pensiones ser calificado y, así, el 31 de enero de 2015, le realizaron el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual arrojó una disminución del 56.35% con fecha de estructuración del 3 de noviembre de 2014.

- En consecuencia, el 15 de marzo de 2015 elevó una solicitud a Colpensiones con el fin de obtener una pensión de invalidez. Esta petición fue resuelta a través de la Resolución GNR 304585 del 3 de octubre de 2015, en la cual se negó la pretensión bajo la consideración según la cual, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral no había cotizado y, por tanto, no cumplía con el requisito exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber, contar con cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración señalada en el dictamen. El 19 de octubre de 2015, el accionante recurrió dicha resolución, motivo por el cual Colpensiones expidió la Resolución VPB 6285 del 8 de febrero 2016, en la que confirmó la decisión adoptada en el primer acto administrativo.

- No obstante lo anterior, expone haber aportado a Colpensiones desde el año 1996 hasta 2012 cuando, por su grave estado de salud, debió dejar de cotizar.

- Asimismo, indica que sus patologías son de carácter degenerativo y que, por tal motivo, deben tenerse en cuenta las cotizaciones que realizó después de que se consolidara la invalidez, pues su estado de salud ha venido empeorando desde entonces.

## 2.3 Pretensión

El señor Pedro Nel Hernández Quiroz, pretende que se le amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones que reconozca y pague la pensión de invalidez a la que considera tiene derecho, por contar con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y tener más de 50 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, con posterioridad a la fecha de estructuración de la disminución laboral.

## 2.4. Pruebas que obran en el expediente

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Pedro Nel Hernández Quiroz (folio 3).
- Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Pedro Nel Hernández Quiroz, expedido por Colpensiones el 31 enero de 2015 en el que se indica que el paciente padece: “Deformidad en ambas muñecas por fractura antigua que impide pinza con disminución de fuerza Prensil. ...Oftalmología: Visión derecha 20/40 y Visión Izquierda: Bultos” (folios 4 a 7).
- Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones por Pedro Nel Hernández Quiroz a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones expedida el 6 de marzo de 2015 (folios 8 a 10).
- Copia de la Resolución GNR 304585 del 3 de octubre de 2015 expedida por Colpensiones (folios 12 y 13).
- Copia del formato de solicitud de prestaciones económicas de Colpensiones diligenciado por el señor Pedro Nel Hernández (folio14).
- Copia de la Resolución VPR6285 del 8 de febrero de 2016, expedida por Colpensiones (folios 15 a 17).

- Copia de la información de afiliación en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social, en la que consta que el señor Pedro Nel se encuentra en el régimen subsidiado en calidad de cabeza de familia (folio 18).

## 2.5. Oposición a la acción de tutela

El 20 de mayo de 2016, el Juzgado Tercero Civil del Circuito en Oralidad, admitió el recurso de amparo y corrió traslado a la entidad accionada para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones propuestas en la presente acción de tutela. Asimismo, vinculó al trámite a Asalud Ltda, entidad encargada de realizar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral y a Coomeva EPS, empresa de la que no se recibió contestación.

## 2.6 Asalud Ltda. Asesores

El gerente y representante legal de la empresa, allegó contestación al despacho el 26 de mayo de 2016, en la que indicó lo siguiente:

Asalud Ltda Asesores presta servicios a Colpensiones para la determinación de lo relativo a las calificaciones de pérdida de capacidad laboral, la auditoría técnica de las incapacidades y la revisión del estado de invalidez, cuando es necesario y procedente.

Dicho examen se notificó el 5 de marzo de 2015, por lo que, en los siguientes 10 días hábiles el señor Hernández Quiróz podría interponer el recurso de reposición y subsidio de apelación.

No obstante, el dictamen no fue recurrido.

Ahora, de acuerdo con los exámenes se indica que el señor Pedro Nel Hernández Quiróz presenta “ceguera del ojo izquierdo, secuela de fractura de la muñeca y de la mano, síndrome del túnel del carpo, y episodio depresivo no especificado” y que, de acuerdo con la valoración oftalmológica de fecha 13 de noviembre de 2014, se evidencia que tuvo empeoramiento de la agudeza visual que desencadenó en ceguera legal. Por tanto, se fijó la fecha de estructuración de la invalidez en 2014 y no en 2011, cuando empezó a perder ese sentido. Lo anterior encuentra fundamento en el Decreto 1507 de 2014.

Por último, aduce no haber vulnerado los derechos fundamentales que invoca el accionante. También expuso que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para revisar las decisiones en materia de calificación de pérdida de capacidad laboral pues, para ello, existe el procedimiento ordinario laboral.

## 2.7 Colpensiones

El vicepresidente de financiamiento e inversiones allegó contestación el 26 de mayo 2016, indicando que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para elevar solicitudes de competencia exclusiva de la jurisdicción laboral. Sin referirse a las particularidades del caso concreto, anexó las Resoluciones GNR 304585 del 3 de octubre de 2015 y VPB 6285 del 8 de febrero de 2016.

## 2.8 Decisión judicial que se revisa

El 2 de junio de 2016, el Juzgado Tercero Civil del Circuito en Oralidad de Antioquia negó la solicitud de amparo, al considerar que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad pues, el accionante, no había acudido a la jurisdicción competente para reclamar el derecho que considera tener. Asimismo, el juez constitucional insistió en que, de la reseña fáctica expuesta por el accionante, no se vislumbra una afectación grave a los derechos fundamentales que invoca en la medida en que, en el recuento de los hechos, expuso que hace más de cinco años debió dejar de laborar para cuidar de su salud y, de esa situación, no se presume la inminencia en la vulneración de tales garantías constitucionales.

### III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

El 17 de enero de 2017, la Secretaría General de esta Corporación recibió un escrito remitido por el gerente nacional de doctrina de Colpensiones, en el que, anexando los reportes de semanas cotizadas en pensiones, insiste en que Mario (Expediente T-5.790.387) y Pedro Nel Hernández Quiroz (Expediente T-5.791.326), no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por no contar con las 50 semanas necesarias en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

### IV. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas (i) el 26 de mayo de 2016 por la Sala Cuarta de Oralidad de Tribunal Administrativo de Antioquia que, a su vez, confirmó el dictado el 8 de marzo de 2016, por el Juzgado Veintidós Administrativo Oral de Medellín en el trámite iniciado por Mario contra Colpensiones dentro del expediente T-5.790.387 y (ii) el 2 de junio de 2016, por el Juzgado

Tercero Civil del Circuito en Oralidad de Armenia en el trámite iniciado por Pedro Nel Hernández Quiroz contra Colpensiones dentro del expediente T-5.791.326.

## 2. Procedibilidad de la acción de tutela

### 2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En armonía con lo dispuesto por la norma superior, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

En desarrollo del citado artículo, esta Corte ha concretado las posibilidades de su promoción, así: (i) del ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela en el directamente afectado; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial, caso en el cual se debe ostentar la condición de abogado titulado y anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo; y (iv) actuar en calidad de agente oficioso.”

En esta oportunidad, los accionantes actúan (i) en causa propia y (ii) a través de apoderado judicial, dos de las posibilidades de solicitar el amparo. Por tal motivo, están legitimados para actuar.

## 2.2. Legitimación pasiva

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones es una empresa industrial y comercial de carácter público que hace parte del Sistema General de Pensiones y se ocupa de administrar el régimen de prima media con prestación definida, por tanto, de conformidad con el artículo 5 y el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en cuestión.

## 3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de los

accionantes, al haberles negado la pensión de invalidez, por no haber acreditado el requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez, a pesar de padecer enfermedades congénitas, degenerativas y/o catastróficas y haberles dictaminado porcentajes superiores al 50% de pérdida de la capacidad para trabajar.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala realizará un análisis jurisprudencial de los siguientes temas; (i) la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, (ii) el derecho a la seguridad social y el principio de progresividad, (iii) la pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella y (iv) la calificación de la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración, tratándose de enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas, para luego resolver los casos concretos.

#### 4. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política de 1991 consagró la acción de tutela con el fin de garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley establece. Este mecanismo prevé un procedimiento preferente y sumario, destinado a brindar protección inmediata.

La acción de tutela fue prevista como un mecanismo subsidiario, es decir, que solo puede ser ejercida en los eventos en que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que esta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



Debido a la naturaleza de este mecanismo constitucional, la Corte, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que este no puede interponerse para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues estas son controversias de carácter litigioso que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral. Además, la seguridad social no es considerada en sí misma como un derecho fundamental, “sino como un derecho social que no tiene aplicación inmediata”, otra razón por la cual, las divergencias generadas en torno a este tema deben ser resueltas por la justicia ordinaria.

No obstante, la Corte ha sostenido que la tutela puede ser interpuesta para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como, (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento 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 quien preste este servicio público.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta.

5. El derecho a la seguridad social y el principio de progresividad. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política de 1991 estableció dentro del catálogo de derechos un capítulo al

que llamó “de los derechos, sociales, económicos y culturales”. Los derechos pertenecientes a esta categoría son todos aquellos que permiten el desarrollo digno de las personas dentro de una sociedad, razón por la cual el Estado debe reglamentarlos para la efectividad de su cumplimiento.

No obstante lo anterior, el amparo de esos derechos fue admitido por esta Corporación, al aplicar la tesis de la conexidad a través de la cual, si se lograba demostrar un nexo entre el derecho social y el derecho fundamental. Sin embargo, posteriormente, la jurisprudencia constitucional, empezó a establecer una línea según la cual, los derechos constitucionales son fundamentales, aun aquellos que tienen un contenido sustancialmente prestacional.

Dentro de la categoría enunciada se encuentra el derecho a la seguridad social, contemplada en el artículo 48 de la Carta Política de 1991, como un servicio público obligatorio y, a la vez, como un derecho, por lo que es deber del Estado organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de la obligación que la Carta le impuso al Estado de reglamentar este derecho, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 que reguló el tema de manera integral y estableció que la seguridad social tiene por objeto “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.”

Así mismo, la mencionada ley, define la seguridad social como un sistema compuesto por un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos que se encargan de reglamentar los diferentes regímenes prestacionales como son, el de salud, el de pensiones, el de riesgos profesionales y el de servicios sociales complementarios, ese tipo de prestaciones, permiten el desarrollo digno de las personas ante ciertas contingencias que puedan llegar a suceder, como son las enfermedades, los accidentes, o los procesos

naturales como la maternidad, la vejez etc.

Por consiguiente, debido a la naturaleza de los regímenes enunciados, el Estado debe procurar el cumplimiento del principio de progresividad, tal como lo ordena el artículo 48 de la Carta Política de 1991 y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que consisten en ampliar progresivamente la cobertura del sistema de seguridad social. Queriendo decir con esto, que “el Estado tiene el deber de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población.”

La Corte, en variada jurisprudencia, se ha pronunciado sobre este principio manifestando que este genera una limitación para el legislador de establecer medidas que vayan en retroceso de los avances que se hayan logrado a favor de los asociados y, en consecuencia, desarrolló la doctrina de la “inconstitucionalidad prima facie” de las medidas regresivas, según la cual toda medida regresiva se presumirá desde su inicio como inconstitucional y le corresponderá al legislador argumentar que la medida es proporcionada y se ajusta a la Constitución.

#### 6. La pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella. Reiteración de jurisprudencia

Uno de los regímenes prestacionales de la seguridad social es el de pensiones, el cual tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

La pensión de invalidez es aquella prestación económica que se otorga cuando una persona, ya sea por enfermedad común o profesional o por haber padecido un accidente, ha perdido la capacidad de locomoción y la plenitud de las funciones síquicas y físicas y, como

consecuencia, ha sufrido una pérdida en su capacidad laboral que le impide llevar una vida cotidiana y social normal.

Según el ordenamiento sobre la materia, se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral. Los facultados para calificar la invalidez son las entidades del sistema como Colpensiones, las ARP, las EPS y las aseguradoras, también existen las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

La Ley 100 de 1993, estableció los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en caso de dictaminarse una pérdida del 50% o superior. Estos requisitos son:

“Artículo 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 con alguno de los siguientes requisitos:

- a. a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

Este artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003, introduciendo variaciones a los requisitos, sin embargo, esta ley fue declarada inexecutable por esta Corporación por vicios de trámite, mediante sentencia C-1056 de 2003.

Posteriormente, la Ley 860 de 2003, mediante su artículo 1º, volvió a modificar los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 39: Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

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. 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. El texto subrayado fue declarado INEQUIVOCABLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. El texto subrayado fue declarado INEQUIVOCABLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.”

La pensión de invalidez, como se dijo anteriormente, es una prestación que suple los ingresos

de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. Por esta razón, la Corte ha señalado que “cuando la asignación pensional por concepto de invalidez represente el único ingreso que garantice la vida digna de la persona que ha sufrido una pérdida de capacidad laboral significativa, el derecho a la pensión de invalidez, cobra la dimensión de derecho fundamental.”

7. Calificación de la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración, tratándose de enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el estado de invalidez es una situación física o mental que impide a la persona desarrollar una actividad laboral remunerada, debido a la considerable disminución de sus capacidades físicas e intelectuales, de manera tal que no le es dable suplir por sí mismo una vida digna.

En consonancia con lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, una persona es declarada inválida “desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”. El mismo sentido, dicha Corporación ha señalado que “como la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral”.

La legislación nacional que regula la pensión de invalidez, establece en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que una persona es considerada inválida por enfermedad común cuando “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

El trámite para la calificación de la invalidez ha sido regulado en diferentes disposiciones, tales como la Ley 100 de 1993 artículos 41 al 43, el Decreto 917 de 1999, el Decreto 2463 de 2001 y el Decreto 1507 de 2014, entre otros.

Según dichas disposiciones, el dictamen de la calificación de la pérdida de capacidad laboral es determinado inicialmente, por Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y las Entidades Promotoras de Salud. De existir alguna controversia con la calificación, el afiliado podrá, dentro los diez (10) días siguientes, manifestar su inconformidad ante la entidad que la dictaminó y esta deberá remitirlo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, decisión que podrá ser recurrida ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

El artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, dispone que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, “deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”, con base en los exámenes médicos, historia clínica y demás elementos probatorios que sirvan para determinar una relación causal entre la enfermedad o la limitación física y la pérdida de capacidad de trabajo.

En cuanto a la fecha de estructuración, el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014, por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, señala que “se entiende por fecha de estructuración la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional”.

A este respecto, la Corte ha reconocido que existen situaciones en las que la enfermedad o el accidente padecido por una persona generan en ella pérdida de su capacidad laboral de manera inmediata, de ahí que la fecha de estructuración de la invalidez, fijada en el correspondiente dictamen, coincida con la ocurrencia del hecho generador de la misma. Sin embargo, también ha sostenido que, en tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, entiéndase por tal, aquellas de larga duración y de progresión lenta, ocurre que la disminución o pérdida de la capacidad laboral no se produce en un mismo momento sino que, por el contrario, se genera de manera paulatina. Frente a este tipo de casos, la Corte ha evidenciado que los entes responsables de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral establecen como fecha de estructuración de la invalidez el momento a partir del cual se presenta el primer síntoma de la enfermedad o se obtiene el primer diagnóstico, sin importar que, de acuerdo con la realidad objetiva, la incapacidad permanente y definitiva para desempeñarse laboralmente se produzca mucho tiempo después.

En efecto, son numerosos los casos de personas que, a pesar de que padecen alguna enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, su estado de salud les permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema.

En tales eventos, en los que el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, esta Corporación ha establecido que, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar el sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva. Lo anterior, como garantía efectiva del derecho



fundamental a la seguridad social de sujetos en situación de debilidad manifiesta y como una medida tendiente a evitar que se genere enriquecimiento sin justa causa por parte de los fondos de pensiones.

Al respecto, la sentencia T-040 de 2015, sostuvo, que:

En relación con estas situaciones excepcionales, la Corte ha señalado, reiteradamente, que las personas que padezcan de una de estas enfermedades, que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdieron su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva.”

La Corte Constitucional, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples fallos sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez a personas que sufren enfermedades catastróficas, degenerativas o congénitas y a las que se les ha establecido una fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral que realmente no corresponde con su real disminución de su fuerza de trabajo y, por el contrario, posterior a dicha fecha, han podido seguir laborando y cotizando al sistema general de pensiones. La sentencia T- 789 de 2014, sintetizó varios casos, los cuales se relacionaran a continuación:

“La sentencia T-699A de 2007, trata sobre un tutelante que contrajo VIH y contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %. La entidad accionada negaba el derecho a la pensión de invalidez porque no cumplía con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que entre junio de 2000 y junio de 2003 solo contabilizaba 29.8 semanas de aporte. La Sala

Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional consideró que era desproporcionada la interpretación de la accionada, ya que desconocía que el accionante continuó ejerciendo actividades laborales y cotizó al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración, por tanto, tomó en cuenta como fecha de estructuración la fecha del dictamen de calificación de la invalidez, ‘... en este caso la calificación de la invalidez se realizó en una fecha muy posterior a aquella que se determinó para la estructuración de la misma, ocurre que el tutelante continuó cotizando más allá de la fecha de estructuración hasta, incluso, después de que se realizó el examen de calificación, no obstante lo cual, la entidad accionada, al realizar una interpretación literal del texto de la ley, sólo tuvo en cuenta el periodo de aportes hasta la fecha de estructuración’.

Señaló en esta oportunidad dicha Sala que el hecho de no tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del sistema de seguridad social en pensiones al ‘beneficie[arse] de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión’.

En la sentencia T-561 de 2010 la Sala Sexta de Revisión de la Corte reconoció una pensión de invalidez que había sido negada ya que la fecha de estructuración impuesta, fijada 21 años atrás, reducía a 17 semanas el tiempo cotizado por la actora. Por lo cual, la Sala procedió a modificar la fecha de estructuración, de conformidad con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, emitido en el 2004, el cual consolidaba en la accionante una verdadera situación de invalidez. ‘... salvo que exista una prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez de una persona suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones de más mientras se produce tal calificación. -subrayado fuera de texto- (...) en varias de las ocasiones en las que,

por excepción, esta Corporación ha estimado procedente la acción de tutela como vía para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, ha referido de manera precisa la posibilidad de que una incorrecta fijación de la fecha de estructuración de dicho estado conduzca a la negación de la pensión, al considerarse insuficiente el número de semanas de cotización frente a lo exigido por la norma legal aplicable al caso concreto. Este aspecto debe ser entonces cuidadosamente valorado por la entidad que decide sobre el otorgamiento del derecho pensional, pues la inadvertencia sobre la fecha de estructuración puede implicar el desconocimiento del debido proceso administrativo y de otros derechos fundamentales de la persona que busca la prestación’.

Mediante providencia T-671 de 2011, esta Sala de Revisión estudió el caso de una señora que le fue modificada por el Instituto de Seguro Social, la fecha de estructuración de la enfermedad del 27 de febrero de 2009 al 13 de marzo de 1981, con una pérdida de la capacidad laboral del 64.64 %. Se evidenció por la Sala en aquella oportunidad que ‘los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir 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 superior al 50 %, tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez – Decreto 917 de 1999-.

Esta situación genera una vulneración al derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez y han solicitado su pensión para conjurar este riesgo, por cuanto, en primer lugar, desconoce que, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de este tipo de padecimientos puede continuar desarrollando sus actividades; en segundo lugar, no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, lo cual puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de

pensiones'. Por lo cual, tuvo en cuenta la primera fecha de estructuración, dado que ese fue el día en que el galeno de medicina laboral del ISS la determinó.

En la sentencia T-427 de 2012, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, estudió un caso de retardo mental leve, en el cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, confirmó la calificación y la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del accionante, argumentando que la patología calificada se identificó en el desarrollo general del retardo, el cual se presentó a partir del nacimiento, el 11 de agosto de 1964.

En esta providencia, indicó esta Sala que en los casos que la causa de la invalidez de los pacientes se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, se establece una fecha de estructuración anterior al dictamen, que vulnera el derecho a la seguridad social y el mínimo vital de los afiliados al sistema, ya que la persona conserva sus capacidades funciones y cotiza al sistema, 'así, es posible que, en razón de la enfermedad que genera la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración del estado de invalidez sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen, a pesar de que la persona haya conservado sus capacidades funcionales y cotizado al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración".

En ese sentido, concluyó la Sala Primera de Revisión lo siguiente:

"A juicio de esta Sala, una persona que haya nacido con discapacidad no puede ser excluida del derecho a la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no reúne 50 semanas antes de la estructuración de su invalidez porque esta se estableció a partir de su nacimiento, si se constata que, i) está en las mismas condiciones de vulnerabilidad de quienes sí son, por disposición legal expresa, beneficiarios de la pensión, ii) se afilió al sistema y ha aportado un número relevante de semanas (50 o más), iii) no hay pruebas de que lo haya hecho con el ánimo de defraudar al sistema".

Por lo anterior, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma definitiva al accionante, declarando sin efectos el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido el 15 de abril de 2009, respecto de la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor a partir de su nacimiento. En su lugar, entendió la Sala que la estructuración de la invalidez del señor Meza Franco se dio a partir del 8 de marzo de 1999, momento en que el trabajador hizo el último aporte al Sistema General de Pensiones.

En la sentencia T-022 de 2013, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional amparó una vulneración a la igualdad y a la seguridad social, en un caso en el cual la actora fue evaluada el 29 de febrero de 2012, y mediante dictamen del 7 de marzo de 2012, fue calificada con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 53.15 %, con fecha de estructuración del 24 de marzo de 1980, es decir, desde su nacimiento. La Sala de Revisión, consideró que la invalidez de la señora Ramírez Peñuela no pudo estructurarse desde su nacimiento, porque desde el año 2004 y hasta el año 2011, la actora contaba con las habilidades, destrezas y aptitudes físicas, mentales y sociales, que le permitieron desempeñar trabajos habituales, por los cuales recibía un salario y aportaba al Sistema de Seguridad Social Integral. En razón a ello, modificó la fecha de estructuración entendiendo por esta la fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez:

“... en aquellos casos en los que una entidad encargada de practicar el dictamen de pérdida de capacidad laboral de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, ha establecido la estructuración de la misma en una fecha muy antigua en el tiempo, con base en el momento en que se dictaminó por primera vez la enfermedad, sin tener en cuenta que esa persona ha conservado su capacidad laboral y ha aportado al sistema luego de ese momento, y que esa decisión hace que a esa persona le sea imposible cumplir con los requisitos legales para pensionarse, el juez de constitucionalidad debe tutelar el derecho a la seguridad social de esa persona, estableciendo la fecha de estructuración a partir del momento en que la persona perdió efectivamente su capacidad laboral”.

En el más reciente pronunciamiento, T-483 de 2014, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, estudió el caso de Asdrubal Jesús Ariza, quien alegó violación a sus derechos fundamentales por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, porque ésta le negó la pensión de invalidez argumentando que la fecha en que se fijó la estructuración de su pérdida de capacidad laboral es concomitante con su día de nacimiento, por lo que no tenían ninguna semana cotizada al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la fecha de estructuración.

Consideró la Sala irrazonable la interpretación de la entidad accionada, pues, “de darle eficacia jurídica a tal interpretación, se le restaría valor a los mandatos constitucionales de prohibición de discriminación, a la protección especial de las personas con discapacidad, así como al principio de igualdad, porque bajo la legislación actual no existe posibilidad de que el señor Ariza se pensione por invalidez. Esta interpretación implica, que sin importar el número de semanas que trabaje y cotice una persona al sistema de seguridad social en pensiones, bajo la legislación vigente no podrá gozar de este derecho, por habersele diagnosticado desde su nacimiento una pérdida de la capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%)”.

Más adelante, señala, “de aceptarse esta interpretación, se estaría (i) admitiendo que las personas que nacieron con una discapacidad, por razón de su especial condición no pueden trabajar ni procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez, derechos que sí están reconocidos a las demás personas. Así como también, (ii) se estaría aceptando un acto de discriminación contra el peticionario por motivo de su discapacidad, que tiene el efecto de impedir que este acceda a la pensión de invalidez”.

En esa medida, como existían aportes del accionante posteriores a la fecha de

estructuración, dicha Sala modificó la fecha de estructuración a la fecha del dictamen, en la cual se estableció la verdadera pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral.”

## 9. Casos concretos

En primer lugar, esta Sala observa, que los accionantes pretenden el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por parte de Colpensiones, quien, les ha negado la solicitud por no cumplir con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Esta Sala evidencia que, de las pruebas allegadas a los expedientes respectivos, los demandantes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas y, por ende, sujetos de especial protección constitucional. Así las cosas, en atención a esas circunstancias, antes de entrar a las particularidades de cada caso, esta Sala se referirá a la procedencia de las acciones de tutela de manera general, teniendo en cuenta que los accionantes son personas que se encuentran en situación de discapacidad, con enfermedades graves y en una situación económica precaria, pues debido a su estado de salud, les es imposible proveerse autónomamente de medios de subsistencia.

Esta Corporación ha establecido, a través de la jurisprudencia, que si bien la tutela no es la vía para reclamar prestaciones sociales, existen claras excepciones que convierten a la acción de amparo constitucional en el mecanismo más acertado para reclamarlas, estas son (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y (iii) que la negativa del reconocimiento 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 el evento de que sea un particular quien preste este servicio público.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta.

En consecuencia, esta Sala llama la atención a los jueces de instancia de las acciones de tutela de la referencia, por cuanto quienes invocan el amparo de sus derechos fundamentales son personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por las enfermedades que padecen, las cuales ya han sido calificadas y se ha determinado que efectivamente padecen una discapacidad, por lo que son sujetos de especial protección constitucional que merecen un trato preferencial por parte del Estado y, por tanto, el análisis de la procedencia de la acción es mucho más flexible. Lo anterior sin tener en cuenta que, como resultado de su estado de salud, se encuentran en una situación económica precaria al estar imposibilitados para trabajar y proveerse de los medios necesarios para su subsistencia.

En ese sentido, para esta Corporación, las circunstancias descritas, caben dentro de las excepciones de la procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones sociales, pues lo que se pretende, es que a través de este medio, se evite la configuración de un perjuicio irremediable y se sigan vulnerando sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital, al no haberles reconocido la pensión de invalidez necesaria para su subsistencia, pues exigirles, que agoten los mecanismos ordinarios para su defensa, iría en contra de los postulados constitucionales al permitir la agravación de sus



derechos, toda vez que estos no son medios expeditos y no podría evitarse la prolongación de su quebrantamiento.

En síntesis, para esta Sala, en los casos puestos a su consideración, la acción de tutela resulta procedente para reclamar las prestaciones que pretenden, las cuales les han sido negadas por parte de Colpensiones, por lo que, ahora, se seguirá con el estudio de cada uno de ellos, con el fin de verificar si cumplen con los requisitos para acceder a ellas.

#### 9.1 Expediente T-5.790.387

Mario, interpone la presente acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social por Colpensiones, al haberle negado la pensión de invalidez sin tener en cuenta que padece de “VIH positivo C3”, enfermedad por la cual fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 56.35%.

El señor Mario fue diagnosticado con esta enfermedad degenerativa y, como consecuencia de ello, fue calificado el 5 de noviembre de 2013, con una pérdida de capacidad laboral del 56.35%, con fecha de estructuración del 16 de agosto de 2002.

Ante la imposibilidad de seguir ejerciendo su fuerza laboral, solicitó a Colpensiones la pensión de invalidez. Dicha entidad analizó los requisitos establecidos en el Artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y determinó, que aun cuando estaba acreditada la condición de discapacidad del afiliado, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración no había realizado cotizaciones y, por tal motivo, no se podía reconocer la prestación.

Ahora bien, los requisitos dispuestos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, son:

“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
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

No obstante, tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, padecimientos en los que la disminución o pérdida de la capacidad laboral ocurre lentamente y no se produce en un mismo momento sino que, por el contrario, se agrava de manera paulatina, la Corte ha evidenciado que los entes responsables de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral suelen establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento a partir del cual se presenta el primer síntoma de la enfermedad o se obtiene el primer diagnóstico, sin importar que, de acuerdo con la realidad objetiva, la incapacidad permanente y definitiva para desempeñarse laboralmente se produzca mucho tiempo después.

Al efecto, son numerosos los casos de personas que, a pesar de que padecen alguna enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, su estado de salud les permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema.

En tales eventos, en los que en los eventos en los que haya disminución de capacidad laboral de una persona está asociada al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, esta Corporación ha establecido que, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva. Lo anterior, como garantía efectiva del derecho fundamental a la seguridad social de sujetos en situación de debilidad manifiesta y como una medida tendiente a evitar que se genere enriquecimiento sin justa causa por parte de los fondos de pensiones.

En el presente caso, el señor Mario, fue calificado el 5 de noviembre de 2013, por lo que esta Sala entenderá que es desde ahí fue que efectivamente perdió su capacidad laboral y, en consecuencia, los tres años que establece la ley para ser beneficiario de la pensión de invalidez, deben contabilizarse desde esa fecha.

En efecto, teniendo en cuenta lo anterior, el actor tiene en el periodo comprendido entre diciembre de 2013 y julio de 2015, un total de 75.05 semanas cotizadas al sistema, lo que permite concluir que cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores, en este caso, a la fecha de calificación.

En consecuencia, aplicando a este caso concreto el precedente constitucional desarrollado por esta Corporación, respecto de la pensiones de invalidez de personas que sufren de una enfermedad degenerativa, esta Sala observa que el actor cumple con los requisitos para acceder al beneficio pensional, toda vez que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 56.35% y tiene dentro de los tres años anteriores a la fecha de calificación (desde la cual perdió efectivamente su fuerza laboral), 75.05 semanas, por lo que se ordenará a Colpensiones, reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor Mario, a partir de 10 de

marzo de 2014, fecha en que se solicitó la mencionada prestación a la entidad demandada.

Así las cosas, se revocará la decisión tomada el 26 de mayo de 2016, por la Sala Cuarta de Oralidad de Tribunal Administrativo de Antioquia que, a su vez, confirmó la dictada el 8 de marzo de 2016, por el Juzgado 22 Administrativo Oral de Medellín en el trámite iniciado por Mario contra Colpensiones para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. Por tal motivo, ordenará a Colpensiones que, en el término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente proveído, reconozca y pague al señor Mario la pensión de invalidez a la que tiene derecho, a partir del 10 de marzo de 2014, fecha en la que elevó la solicitud pensional por primera vez.

## 9.2 Expediente T-5.791.326

El señor Pedro Nel Hernández Quiróz, interpone la presente acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social por Colpensiones, al haberle negado la pensión de invalidez sin tener en cuenta que padece de diferentes enfermedades como túnel del carpo, fractura de la muñeca y la mano, lesión nervio radial, episodios depresivos no especificados y otras patologías degenerativas como ceguera de un ojo y visión subnormal.

Como consecuencia de las dolencias del anterior diagnóstico, se vio obligado a dejar las labores que desempeñaba como trabajador del campo. Así pues, solicitó a Colpensiones la calificación, la cual se realizó el 31 de enero de 2015, arrojando una pérdida de la capacidad laboral del 56.35% con fecha de estructuración del 13 de noviembre de 2014.

Ante la imposibilidad de seguir ejerciendo su fuerza laboral y teniendo en cuenta que contaba con más del 50% de la pérdida de su capacidad laboral, solicitó a Colpensiones la pensión de invalidez. Dicha entidad analizó los requisitos establecidos en el Artículo 1º de la

Ley 860 de 2003 y determinó, que aun cuando estaba acreditada la condición de discapacidad, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración no había realizado cotizaciones y, por tal motivo, no se podía reconocer la prestación.

Ahora bien, los requisitos dispuestos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, son:

“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
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

No obstante, tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, padecimientos en los que la disminución o pérdida de la capacidad laboral ocurre lentamente y no se produce en un mismo momento sino que, por el contrario, se agrava de manera paulatina, la Corte ha evidenciado que los entes responsables de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral suelen establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento a partir del cual se presenta el primer síntoma de la enfermedad o se obtiene el primer diagnóstico, sin importar que, de acuerdo con la realidad objetiva, la incapacidad permanente y definitiva para desempeñarse laboralmente se produzca mucho tiempo después.

Así pues, son numerosos los casos de personas que, a pesar de que padecen alguna enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, su estado de salud les

permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema.

En tales eventos, en los que el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, esta Corporación ha establecido que, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva. Lo anterior, como garantía efectiva del derecho fundamental a la seguridad social de sujetos en situación de debilidad manifiesta y como una medida tendiente a evitar que se genere enriquecimiento sin justa causa por parte de los fondos de pensiones.

En el presente caso, la última cotización efectuada por el señor Hernández Quiróz se realizó en enero de 2012, por lo que esta Sala entenderá que es desde ahí que efectivamente perdió su capacidad laboral y, en consecuencia, los tres años que establece la ley para ser beneficiario de la pensión de invalidez, deben contabilizarse desde esa fecha.

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior, el actor tiene dentro del periodo correspondiente a enero de 2009 y enero de 2012, un total de 130.86 semanas cotizadas al sistema, lo que permite concluir que cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores, en este caso, a la fecha de la última cotización.

En consecuencia, esta Sala observa que aquí se cumple con el requisito establecido para

acceder al beneficio pensional, toda vez que el actor cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 56.35% y tiene dentro de los tres años anteriores a la fecha de la última cotización (momento en el cual perdió efectivamente su fuerza laboral), 130.85 semanas, por lo que se ordenará a Colpensiones que, en el término de quince (15) días hábiles posteriores a la notificación de esta providencia, reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor Pedro Nel Hernández Quiroz, efectiva a partir de 13 de marzo de 2015, fecha en que se solicitó la mencionada prestación a la entidad demandada. Para tal efecto, este despacho revocará lo dispuesto el 2 de junio de 2016, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en Oralidad de Armenia.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión tomada el 26 de mayo de 2016 por la Sala Cuarta de Oralidad de Tribunal Administrativo de Antioquia que, a su vez, confirmó la dictada el 8 de marzo de 2016 por el Juzgado Veintidós Administrativo Oral de Medellín en el trámite iniciado por Mario contra Colpensiones identificado con el radicado T-5.790.387 para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones que, en el término de quince (15) días hábiles, contado a partir de la notificación de esta providencia,

emita la resolución a través de la cual reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Mario, efectiva a partir del 10 de marzo de 2014.

TERCERO.- REVOCAR lo dispuesto el 2 de junio de 2016 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en Oralidad de Armenia en el trámite iniciado por Pedro Nel Hernández Quiróz contra Colpensiones identificado con el radicado T-5.791.326 para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.

CUARTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones que, en el término de quince (15) días hábiles, contado a partir de la notificación de esta providencia, emita la resolución a través de la cual reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Pedro Nel Hernández Quiróz, efectiva a partir del 13 de marzo de 2015.

QUINTO.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado



JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-057/17

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MATERIA PENSIONAL-Se debieron analizar las particularidades de cada caso en materia de inmediatez y subsidiariedad, pues no se precisó si procedía como mecanismo transitorio o definitivo (Salvamento parcial de voto)

Bastó la sola invocación por parte de los actores, de su situación de discapacidad para argumentar que procedía la acción de tutela, sin que se analizaran las particularidades de cada caso, especialmente en materia de inmediatez y subsidiariedad, pues ni siquiera se precisó si procedía como mecanismo transitorio o definitivo. Las personas que se encuentran en condición de discapacidad están en una situación de debilidad e indefensión, por lo que requieren de una protección constitucional reforzada. Sin embargo, esta Corporación ha expresado que esa sola y única circunstancia no es suficiente para acreditar la procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos sobre acreencias pensionales, por lo que se requiere la demostración probatoria del daño causado al actor, materializado en la vulneración de sus derechos fundamentales

PENSION DE INVALIDEZ-Imprecisión en la contabilización de semanas cuando hay capacidad laboral residual (Salvamento parcial de voto)

PAGO RETROACTIVO EN MATERIA PENSIONAL-Ausencia de elementos fácticos y jurídicos para el reconocimiento (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expedientes T-5.790.387 y T-5.791.326.

Demandante: Francisco Javier Palacio Morales y Pedro Nel Hernández Quiroz.

Demandado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto a la decisión adoptada por la Sala Cuarta de Revisión en sesión del 3 de febrero de 2017, que por votación mayoritaria profirió la sentencia T-057 de 2017, de la misma fecha.

La providencia en la que salvo parcialmente mi voto resolvió: i) en el expediente T-5.790.387, REVOCAR la decisión del 26 de mayo de 2016, proferida por la Sala Cuarta de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar amparar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. En consecuencia, ORDENAR a COLPENSIONES que, en el término de 15 días hábiles, contados a partir de la notificación del fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez al actor a partir del 10 de marzo de 2014; y ii) en el expediente T-5.791.326, REVOCAR la sentencia del 2 de junio de 2016, dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito en Oralidad de Armenia y en su lugar amparar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. En consecuencia, ORDENAR a COLPENSIONES que, en el término de 15 días hábiles, contados a partir de la notificación del fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez al actor, efectiva desde el 13 de marzo de 2015.

En esta oportunidad, la Corte estudio las solicitudes de los señores Francisco Javier Palacio Morales (T-5.790.387) y Pedro Nel Hernández Quiroz (T-5.791.326), quienes acudieron ante el juez de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, vulnerados por COLPENSIONES, con ocasión de la negativa al

reconocimiento de la pensión de invalidez.

En el caso del señor Francisco Javier se trataba de una persona de 55 años y con diagnóstico de VIH positivo C3. La entidad accionada lo calificó el 5 de noviembre de 2013, con una pérdida de capacidad laboral del 56.35%, de origen común y fecha de estructuración del 16 de agosto de 2002.

El actor solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de su pensión de invalidez. Esa entidad negó la petición mediante Resolución GNR 149856 del 4 de mayo de 2014, porque no acreditó 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. La anterior decisión fue confirmada mediante Resolución VPB 16138 del 18 de septiembre de 2014.

El accionante indicó que cuenta con más de 61 semanas cotizadas entre los años 1991 y 2011. Además que realizó aportes con posterioridad a la fecha de estructuración.

Por su parte, el señor Pedro Nel tenía 70 años al momento de la presentación de la solicitud de amparo. Expresó que padece las secuelas de una fractura de la muñeca y la mano, de síndrome del túnel carpiano, una lesión del nervio radial, la ceguera de un ojo, una visión subnormal y otros episodios no especificados.

Solicitó a COLPENSIONES la calificación de su invalidez. Esa entidad, mediante dictamen del 31 de enero de 2015, precisó que el actor tiene una pérdida de capacidad laboral del 56.35% con fecha de estructuración del 3 de noviembre de 2014.

Con fundamento en lo anterior, le pidió a la accionada el reconocimiento de su pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución GNR 304585 del 3 de octubre de 2015, tras considerar que no cumplía con el requisito de acreditar las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta decisión fue confirmada mediante acto administrativo VPB 6285 del 8 de febrero de 2016.

El accionante expresó que cotizó desde 1996 hasta el 2012. Indicó que sus patologías son de carácter degenerativo y que, por tal motivo, deben tenerse en cuenta las cotizaciones que realizó después de que se consolidara la invalidez.

En esta oportunidad, aunque comparto la decisión final de amparar los derechos fundamentales invocados por los ciudadanos, me aparto de algunas precisiones contenidas en las consideraciones y en las órdenes de la parte resolutive de la sentencia, específicamente las relacionadas con: i) el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela en el presente asunto; ii) las imprecisiones en la contabilización de las semanas cotizadas en el expediente T-5.790.387; y iii) la orden de reconocimiento de retroactivos pensionales. Los siguientes argumentos sustentan mi posición:

#### Procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales

1. 1. La procedibilidad de la acción de tutela para reclamar prestaciones de naturaleza pensional está condicionada a la acreditación de los requisitos generales de procedibilidad y su demostración en la solicitud de amparo de la referencia, los cuales hacen referencia a: i) la legitimación por activa; ii) la legitimación por pasiva; iii) la inmediatez; y, iv) la subsidiariedad.

2. Específicamente en materia de inmediatez, esta Corporación ha reiterado que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo, debido a que su finalidad es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

No obstante, existen eventos en los que prima facie puede considerarse que la acción de tutela carece de inmediatez y en consecuencia es improcedente, pues ha transcurrido demasiado tiempo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo.

En estos casos, el análisis de procedibilidad excepcional de la petición de protección constitucional se torna más estricto y está condicionado a la verificación de los siguientes presupuestos: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable, la ocurrencia de un hecho nuevo, entre otros; ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

3. De otra parte, el requisito de subsidiariedad, específicamente en materia del reconocimiento de prestaciones pensionales, la acción de tutela resulta improcedente para resolver esta clase de controversias, bajo el entendido de que estos asuntos deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo.

Sin embargo, este Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela

cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos.

Sin embargo, de acuerdo con las consideraciones generales referidas previamente, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

En ese sentido, las personas en condición de discapacidad se encuentran en una situación de debilidad e indefensión, por lo que requieren de una protección constitucional reforzada. Sin embargo, esta Corporación ha expresado que esa sola y única circunstancia no es suficiente para acreditar la procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos sobre acreencias pensionales, por lo que se requiere la demostración probatoria del daño causado al actor, materializado en la vulneración de sus derechos fundamentales.

4. La sentencia de la cual me aparto parcialmente omitió analizar la acreditación de la procedencia de la acción de tutela en cada caso concreto, pues bastó la sola invocación por

parte de los actores, de su situación de discapacidad para argumentar que procedía la acción de tutela, sin que se analizaran las particularidades de cada caso, especialmente en materia de inmediatez y subsidiariedad, pues ni siquiera se precisó si procedía como mecanismo transitorio o definitivo.

En efecto, en el expediente T-5.790.387, el actor tardó 17 meses para formular la acción de tutela, puesto que los actos administrativos que censura son del 4 de mayo y del 18 de septiembre de 2014 y la solicitud de amparo fue admitida el 29 de febrero de 2016, sin que se encuentre justificado en el expediente las razones de la inoperancia procesal durante ese periodo de tiempo, lo que afecta la necesidad y la urgencia de la actuación del juez de tutela.

En suma, la sentencia no se detuvo a analizar las causas que justificaron la inactividad procesal del actor, puesto que solamente se consideró su condición de salud, sin examinar la demostración de las especiales circunstancias que vulneraron sus derechos fundamentales.

De esta manera, las personas que se encuentran en condición de discapacidad están en una situación de debilidad e indefensión, por lo que requieren de una protección constitucional reforzada. Sin embargo, esta Corporación ha expresado que esa sola y única circunstancia no es suficiente para acreditar la procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos sobre acreencias pensionales, por lo que se requiere la demostración probatoria del daño causado al actor, materializado en la vulneración de sus derechos fundamentales.

Las imprecisiones en la contabilización de las semanas cotizadas en el expediente T-5.790.387

5. La sentencia utilizó el concepto de capacidad laboral residual para resolver los casos



concretos. En el caso del expediente T-5.790.387, el accionante manifestó tener VIH positivo y haber sido calificado el 5 de noviembre de 2013, con fecha de estructuración el 16 de agosto de 2002.

La sentencia tomó como fecha de estructuración el momento de la calificación, esto es el 5 de noviembre de 2013. Por tal razón, contabilizó desde esa fecha hacia adelante las cotizaciones al sistema. Sin embargo, en los hechos se advirtió que el accionante cotizó más de 61 semanas desde el año 1991 hasta el 2011 y algunos posteriores a la fecha de estructuración, sin precisar el número.

De esta manera, en el caso concreto se afirmó que con posterioridad a la fecha de la calificación el actor cotizó 75.05 semanas, información que surge en forma imprecisa frente a las 61 semanas cotizadas entre el año 1991 y el 2011, expuesta en los hechos de la sentencia.

Adicionalmente, se trató de cotizaciones realizadas con posterioridad al pronunciamiento de COLPENSIONES, por lo que esa entidad no podía haber concedido la pensión solicitada, ya que para el año 2014, momento en el que el actor le pidió la prestación, no contaba con el número de semanas requerido para acceder a la misma, por lo que la acción de tutela analizó un escenario fáctico en el que dicha institución no tuvo la oportunidad de resolverlo de manera directa. Por tal razón, era necesario que se precisara y aclarara el número de semanas efectivamente cotizadas.

La ausencia de elementos fácticos y jurídicos para el reconocimiento de prestaciones retroactivas

6. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pretensión de pago del retroactivo, está condicionada además de los presupuestos generales, a que : ii) exista certeza en la configuración del derecho pensional y ii) cuando exista evidencia de afectación al mínimo vital, debido a que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia del accionante y a que "... por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados"

7. El reconocimiento pensional concedido en el expediente T-5.790.387, se estableció desde el 10 de marzo de 2014, lo que constituyó el pago retroactivo de la prestación pretendida sin que para ese momento existiera certeza de la configuración del derecho.

En efecto, la decisión de conceder el amparo se sustentó en las cotizaciones realizadas entre diciembre de 2013 y julio de 2015, por tal razón para el 10 de marzo de 2014, momento en que el actor solicitó el reconocimiento de su derecho ante COLPENSIONES, todavía no se había constituido el derecho.

De tal suerte que, dicho reconocimiento configuró un pago retroactivo de la prestación pretendida, sin que para ese momento se hubiese consolidado el derecho pensional, pues los aportes tenidos en cuenta para su declaración se efectuaron hasta el año 2015, por lo que no existió fundamento jurídico y legal para ordenar su pago desde esa fecha.

8. Con base en lo expuesto, la sentencia de la cual salvo mi voto parcialmente debió, en el expediente T-5.790.387, i) analizar la procedencia de la acción de tutela, especialmente, en

materia de inmediatez; ii) precisar las cotizaciones realizadas por el actor; y iii) reconocer la pensión desde el momento en el que se consolidó el derecho, esto es julio de 2015, y no desde el 10 de marzo de 2014, puesto que, como se advirtió, solo hasta ese momento adquirió el derecho a la prestación.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada