

Sentencia T-209/12

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

La Sala advierte que con la acción de tutela, el peticionario busca evitar un perjuicio inminente, toda vez que se trata de una persona que padece una enfermedad grave que pone en riesgo su vida, que fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del setenta y seis punto veinticinco por ciento (76.25%), y quien manifiesta que no cuenta con una fuente de ingresos para proveerse su subsistencia pues se encuentra desempleado, lo cual conduce a concluir que su situación económica es crítica, ya que por falta de recursos no puede tener una vida en condiciones dignas, ni atender sus necesidades básicas. Además tratándose de una persona inválida que padece una enfermedad grave, el tutelante requiere una decisión urgente que evite un posible perjuicio irremediable a su vida, salud e integridad personal.

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-Reconocimiento desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral

Esta Sala reitera que la invalidez de una persona se determina cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución sustancial de sus capacidades físicas, intelectuales o ambas, para desarrollar una actividad, situación que le impide seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En el presente caso es claro que la invalidez del actor no se configuró en el año de 1986, tal como lo establece el ISS, ya que éste continuó laborando y realizando los respectivos aportes al Sistema, por lo que se desvirtúa la presunta invalidez que lo afectó durante todo el tiempo en que efectuó tales aportes, esto es, hasta el año 2011 cuando su estado de salud le impidió continuar laborando. Ahora bien, es preciso señalar que el reconocimiento de la pensión de invalidez exige el cumplimiento de unos requisitos, sin embargo, el sistema no puede desconocer las circunstancias particulares del presente caso para negar el reconocimiento del derecho

pensional, cuando está demostrado que el accionante pudo seguir cotizando al Sistema de Pensiones hasta el año 2011.

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Caso en que no se reconoce pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez

Referencia: expediente T-3263918

Acción de tutela instaurada por José Ignacio Sánchez Cárdenas contra el Instituto de Seguros Sociales - ISS -.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

En el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá D.C el tres (3) de octubre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela iniciado por José Ignacio Sánchez Cárdenas contra el Instituto de Seguros Sociales.¹

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Afirma el accionante que tiene 57 años de edad y desde el año 1989 ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, completando un total de 952 semanas cotizadas.²

1.2. El señor Sánchez Cárdenas padece de artrosis severa e insuficiencia renal crónica, por lo que debe recibir tratamiento de hemodiálisis de por vida.³

1.3. El 31 de octubre de 2000 la Vicepresidencia de Pensiones del ISS emitió dictamen en donde fijo una pérdida de la capacidad laboral del accionante del 56.4%, con fecha de estructuración del 10 de junio de 1989.

1.4. El actor manifiesta que elevó derecho de petición al ISS solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, mediante oficio del 16 de agosto de 2005 le respondieron indicándole que desarchivarían la carpeta pensional para emitir una respuesta de fondo en un término no superior a 4 meses.⁴

1.5. El 11 de noviembre de 2008 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca profirió dictamen en donde determinó una pérdida de la capacidad laboral del señor Sánchez Cárdenas del 76.25%.⁵

1.6. El 28 de octubre de 2010 el actor elevó nuevamente una solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, no obtuvo una respuesta de fondo por parte del ISS, por lo que acudió a la acción de tutela para que le ampararan el derecho de petición.

1.7. Mediante sentencia del 6 de diciembre de 2010 el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá tuteló el derecho de petición del señor Sánchez Cárdenas y ordenó al ISS resolver de fondo la petición radicada el 28 de octubre de 2010.⁶

1.8. Mediante Resolución No. 005874 del 24 de febrero de 2011 el ISS resolvió negar la pensión de invalidez solicitada por el señor Sánchez Cárdenas. En dicho acto administrativo se indica que la Vicepresidencia de Pensiones de dicha entidad calificó la pérdida de la capacidad laboral del peticionario en un 56.4%, estableciéndose como fecha de estructuración de la invalidez el 10 de junio de 1989, y posteriormente, en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca, se determinó una pérdida de la capacidad laboral del 76.25%, sin que se indicara la fecha de estructuración de la invalidez, siendo necesario que se evidenciara claramente la misma. No obstante, señaló el ISS: “teniendo en cuenta la fecha de estructuración del 10/06/1989 la norma aplicable al caso concreto es el Decreto 3041 de 1966, quedando así: ‘Artículo 5. Tendrán derecho a la pensión de invalidez los asegurados que tengan las siguientes

condiciones:

b) Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres (3) años’.

Que el asegurado no cumple con los requisitos anteriormente mencionados, por cuanto cotizó 6 semanas dentro de los 6 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez”.

1.9. El 16 de septiembre de 2011 el accionante interpuso la tutela bajo examen mediante la cual solicita se reconozca la pensión de invalidez, ya que hasta el 31 de enero de 2011 realizó cotizaciones al Sistema, completando un total de 952 semanas.⁷ Señala que sus precarias condiciones de salud le impiden trabajar, y subsiste gracias a la caridad de su hija. Afirma también que tiene un hijo que padece de retardo mental y se encuentra inhabilitado para trabajar.

El Instituto de Seguros Sociales no contestó la acción de tutela.

2. Decisión del juez de tutela de primera instancia

El tres (3) de octubre de dos mil once (2011), el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá D.C negó la tutela a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, toda vez que el accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para solicitar el reconocimiento de la pensión.

La sentencia de tutela de primera instancia no fue impugnada.

3. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

Por medio de auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012), se decretó la práctica de las siguientes pruebas: (i) a la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca, se les pidió copia de los respectivos dictámenes médico laborales mediante los cuales se calificó la pérdida de la capacidad laboral del señor José Ignacio Sánchez Cárdenas, y (ii) se solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y

Cundinamarca informar a esta Corporación las razones por las cuales no indicó la fecha de estructuración de invalidez en el dictamen mediante el cual se calificó la pérdida de la capacidad laboral del señor José Ignacio Sánchez Cárdenas.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca remitió copia del dictamen emitido el 11 de septiembre de 2008 mediante el cual se calificó la pérdida de la capacidad laboral del accionante en un 76.25%, y explicó que no se fijó la fecha de estructuración de la invalidez porque la solicitud para calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral provino del Fondo de Solidaridad Pensional Consorcio Prosperar, y de acuerdo al artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, “para efecto de reclamación de subsidio familiar, beneficios de la Ley 361 de 1997, subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional y del Fondo de Solidaridad y de garantía, el dictamen deberá contener solamente las decisiones sobre el grado pérdida de la capacidad laboral”.

La Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales no remitió la copia del dictamen médico laboral solicitada por esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico

¿Vulnera la entidad accionada (Instituto de Seguros Sociales) los derechos del accionante (José Ignacio Sánchez Cárdenas) a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez porque el afiliado no cotizó 150 semanas dentro los 6 años anteriores a la invalidez, a pesar de que (i) el peticionario padece una enfermedad degenerativa, (ii) conservó su capacidad laboral y continuó aportando al Sistema hasta enero de 2011, y (iii) la fecha de estructuración de la invalidez se fijó en forma retroactiva?

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos

pensionales.

La Sala de Revisión considera necesario establecer si la acción de tutela es procedente en el presente caso, pues, en principio, el ordenamiento dispone otros medios de defensa judicial para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En desarrollo de este precepto, la Corte ha establecido reiteradamente que cuando se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio, su procedencia está condicionada a la amenaza de un perjuicio irremediable, el cual ha sido caracterizado por la Corte en los siguientes términos:

“[e]n primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”.⁸

Tal como lo manifiesta el juez de instancia, el tutelante dispone en este caso de otro medio de defensa judicial ante la justicia laboral ordinaria para la protección de sus derechos. Por ello, es preciso verificar si está acreditada la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, ya que de eso depende la procedencia de la tutela en el caso concreto.

La Sala advierte que con la acción de tutela, el peticionario busca evitar un perjuicio inminente, toda vez que se trata de una persona que padece una enfermedad grave que pone en riesgo su vida, que fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del setenta y seis punto veinticinco por ciento (76.25%), y quien manifiesta que no cuenta con una fuente de ingresos para proveerse su subsistencia pues se encuentra desempleado, lo cual conduce a concluir que su situación económica es crítica, ya que por falta de recursos

no puede tener una vida en condiciones dignas, ni atender sus necesidades básicas.

Además tratándose de una persona inválida que padece una enfermedad grave, el tutelante requiere una decisión urgente que evite un posible perjuicio irremediable a su vida, salud e integridad personal. Además, debe señalarse que la jurisprudencia constitucional ha precisado que en ciertas circunstancias la acción de tutela resulta procedente para reconocer derechos pensionales, específicamente cuando (i) el afectado sea un sujeto de especial protección, como los son las personas que sufren una discapacidad; (ii) la vulneración al derecho a la seguridad social implique la vulneración a un derecho fundamental como la vida o el mínimo vital; y (iii) los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos o se pueda prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable.⁹ Por lo anterior, se concluye que la tutela es el mecanismo expedito para estudiar la posible vulneración de los derechos fundamentales del señor José Ignacio Sánchez Cárdenas.

4. Fecha de estructuración del estado de invalidez para personas que padecen una enfermedad crónica degenerativa

El régimen legal para acceder a la pensión de invalidez se encuentra prescrito en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.” Esta norma fue objeto de revisión constitucional, y en sentencia C-428 de 2009¹⁰ la Corte declaró la inexecutable del aparte de la norma que exigía que la “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”. La Corte recogió los argumentos expuestos por las distintas Salas de Revisión de esta Corporación, quienes en sede de tutela habían inaplicado este requisito,¹¹ por lo que señaló que tales exigencias hacían más gravosos los requisitos para acceder al beneficio pensional, en comparación a los requisitos establecidos en el artículo 39 -original- de la Ley 100 de 1993, lo que constituía una medida regresiva que vulneraba el principio de

progresividad que rige el derecho a la seguridad social.¹²

Como lo señala esta disposición, los 3 años anteriores para completar las 50 semanas requeridas, se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado, que le es imposible seguir cotizando al Sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las Juntas Calificadoras de Invalidez. Este tema, aparentemente técnico, no es irrelevante desde el punto de vista constitucional.

Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, tal como lo establece el Decreto 917 de 1999.¹³ Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al Sistema.

Al respecto, en la sentencia T-699A de 2007,¹⁴ a propósito de una persona enferma de VIH-

SIDA, la Sala Cuarta de Revisión señaló que:

“ (...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

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

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos. Así, cabría cuestionarse si es procedente que la respectiva A.F.P. desconozca las cotizaciones realizadas desde la fecha de estructuración hasta el momento de la calificación, cuando efectivamente se pudo establecer el estado de

invalidez”.15

En la sentencia T-710 de 2009,¹⁶ la Sala Primera de Revisión sostuvo que “(...) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.”¹⁷

Así mismo, en sentencia T-163 de 2011¹⁸, siguiendo esta línea jurisprudencial, sostuvo la Corte que “cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva”.¹⁹

Finalmente, es importante hacer referencia a la sentencia T-671 de 2011²⁰, en donde se estudió un caso similar al presente, ya que el ISS había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez de la accionante porque se había fijado como fecha de estructuración de la invalidez el 13 de marzo de 1981, época para la cual la peticionaria no había realizado cotizaciones al Sistema, y en consecuencia no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966. En esta oportunidad la Corte reiteró la jurisprudencia constitucional arriba citada, por lo que fijó como fecha de estructuración de la invalidez el día en que se profirió el dictamen que declaró la pérdida de la capacidad de la actora en más del 50%, y aplicó los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y no los establecidos por el Decreto 3041 de 1966, por ser la norma vigente al momento en que a la accionante le fue diagnosticada la pérdida de capacidad laboral en más del 50% de forma definitiva y permanente. Por lo tanto, se ordenó al ISS expedir un nuevo acto administrativo

reconociendo la pensión de invalidez de la actora.

5. El ISS vulneró los derechos fundamentales del señor José Ignacio Sánchez Cárdenas al no reconocerle el derecho a la pensión de invalidez, pese a que cotizó las semanas mínimas requeridas, entre la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, y la fecha en que perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva y dejó de cotizar al Sistema.

El peticionario padece insuficiencia renal crónica,²¹ siendo calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C y Cundinamarca, el 11 de noviembre de 2008, con una pérdida de la capacidad laboral del 76.25%. Sin embargo, el ISS en la Resolución No. 005874 del 24 de febrero de 2011, en la cual niega la pensión de invalidez al actor, establece como fecha de estructuración de la invalidez el 10 de junio de 1986, conforme a un dictamen del 31 de octubre de 2000 emitido por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS.²² No obstante, en este caso, la fecha de estructuración de la invalidez no representa el momento en que el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, tal como lo exige el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, “por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”. Por el contrario, es la fecha en que el peticionario dejó de realizar cotizaciones al Sistema la que se debe tener en cuenta para establecer el momento de estructuración de la invalidez.²³

Esta Sala reitera que la invalidez de una persona se determina cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución sustancial de sus capacidades físicas, intelectuales o ambas, para desarrollar una actividad, situación que le impide seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En el presente caso es claro que la invalidez del actor no se configuró en el año de 1986, tal como lo establece el ISS, ya que éste continuó laborando y realizando los respectivos aportes al Sistema, por lo que se desvirtúa la presunta invalidez que lo afectó durante todo el tiempo en que efectuó tales aportes, esto es, hasta el año 2011 cuando su estado de salud le impidió continuar laborando.

Ahora bien, es preciso señalar que el reconocimiento de la pensión de invalidez exige el cumplimiento de unos requisitos, sin embargo, el sistema no puede desconocer las circunstancias particulares del presente caso para negar el reconocimiento del derecho

pensional, cuando está demostrado que el señor Sánchez Cárdenas pudo seguir cotizando al Sistema de Pensiones hasta el año 2011.

Dadas las especiales condiciones de salud del peticionario, y el hecho de que, como ya se dijo, continuó cotizando a pesar de la supuesta condición de invalidez que se habría estructurado desde 1986, precisamente porque siguió laborando durante todo ese tiempo, pero además, porque de acuerdo a la jurisprudencia constitucional se deben tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el término comprendido entre la fecha de estructuración de la invalidez y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, esta Sala tomará el 31 de enero de 2011 como fecha de estructuración de la invalidez, pues de acuerdo al resumen de semanas cotizadas por el señor Sánchez Cárdenas, expedido por el ISS en mayo de 2011,²⁴ hasta esta fecha el accionante efectuó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que para esta Sala sólo hasta este momento se consolidó una verdadera situación de invalidez que le impidió continuar realizando las cotizaciones correspondientes.

Esta Sala estima que la negativa de la entidad accionada a reconocer la pensión de invalidez del peticionario vulnera sus derechos fundamentales y desconoce los principios constitucionales de solidaridad, eficiencia y universalidad que orientan el derecho a la seguridad social, además de exponerlo a un perjuicio irremediable al no poder continuar realizando los aportes, debido a sus precarias condiciones de salud, sin tener la posibilidad de acceder al derecho pensional.

En consecuencia, se tendrá como norma aplicable al presente caso el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”, por cuanto era la norma vigente para la fecha en que finalizó el periodo de cotizaciones del actor, y no el artículo 5 del Decreto 3041 de 1966, “Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”. Así entonces, los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tiempo en el cual el señor Sánchez Cárdenas debió cotizar 50 semanas al Sistema, según lo dispone el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, deben ser contados desde el 31 de enero de 2011. En efecto, la Sala encontró probado que el accionante cotizó al Sistema más de 100 semanas,²⁵ es decir, superó las semanas mínimas para acceder a la pensión.

En atención a esta conclusión, la Sala revocará la decisión del juez de tutela que negó el amparo, y en su lugar, concederá la tutela a los derechos fundamentales a la vida digna y a la seguridad social del accionante. Por lo tanto, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales reconocer la pensión de invalidez al accionante.

III. DECISIÓN

En merito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá D.C, el tres (3) de octubre de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela del señor José Ignacio Sánchez Cárdenas contra el Instituto de Seguros Sociales que negó el amparo, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales del accionante.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, EXPIDA un nuevo acto administrativo reconociendo a José Ignacio Sánchez Cárdenas su pensión de invalidez de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

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

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Con salvamento de voto

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA T-209/12

Referencia: Expediente T-3263918

Accionante: José Ignacio Sánchez Cárdenas

Accionado: Instituto de Seguros Sociales -ISS-

Magistrado Ponente: Maria Victoria Calle Correa

Salvo mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Primera de Revisión en sesión del quince (15) de marzo de dos mil doce (2012), por las razones que a continuación expongo:

La Sala en la sentencia de la cual me aparto, optó por tomar como fecha de estructuración de la invalidez del actor el momento en el cual éste efectuó la última cotización al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y procedió a ordenarle al ISS que expidiera un nuevo acto administrativo reconociéndole la pensión solicitada, contabilizando las semanas de cotización requeridas por la ley desde aquel instante. Ello, sin haber controvertido de manera específica la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez del peticionario por parte del

ente técnico-científico capacitado para dictaminarla.

En nuestra opinión, si bien existen casos en los cuales el momento de la pérdida de capacidad laboral no se compagina con la determinación de la fecha de la estructuración de la invalidez por parte de la Junta de Calificación, el distanciamiento del referido dictamen requiere de al menos un somero sustento fáctico y probatorio para determinar que el ente calificador efectivamente incurrió en un yerro al sentar esa fecha como el momento en que la persona perdió de manera permanente y definitiva²⁶ su capacidad laboral. En el presente caso, tal sustento se echa de menos.

En virtud de las anteriores consideraciones, me aparto de la decisión adoptada por la Sala.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

1 El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto de noviembre quince (15) de dos mil once (2011) proferido por la Sala de Selección Número Once.

2 Folio 20 del cuaderno principal. En adelante siempre que se haga mención a un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario.

3 Folios 24 y 25.

4 Folio 33.

5 Folio 29.

6 Folios 35 a 38.

7 Folio 20.

8 Sentencia T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudia si es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el

accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando el incremento de su mesada pensional. En este caso la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, los cuales negaron la tutela del derecho, pues consideró que para el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable. Esta sentencia reitera los argumentos planteados en la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

9 Sentencia T-080 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En esta sentencia la Corte estudió la acción de tutela presentada por una persona de 74 años de edad, quien solicitó se le reconociera la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada por el Fondo Territorial de Pensiones del Departamento del Tolima. La Corte decidió tutelar el derecho fundamental del accionante al mínimo vital y ordenó a la entidad accionada adelantar el trámite pertinente para el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

10 M.P. Mauricio González Cuervo, con Salvamento Parcial de Voto Parcial de los Magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

11 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-1291 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 y T-699A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-145 de 2008 y T-271 de 2009 (M P. Nilson Pinilla Pinilla).

12 El texto vigente de esta norma, después del análisis de constitucionalidad realizado en la sentencia C-428 de 2009, es el siguiente: “LEY 860 de 2003. ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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. 2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> 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. PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

13 (i) En los casos que se enmarcan dentro del presupuesto señalado, la fecha de estructuración no responde a este criterio; por el contrario, se establece en un momento en que los síntomas de la enfermedad -crónica, degenerativa o congénita- se hacen notorios, pero no son definitivos. (ii) El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 (Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995 -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.-) define la fecha de estructuración de la invalidez como “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

14 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

15 Sentencia T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió la solicitud de amparo de una persona enferma de SIDA, a quien se le había negado el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez porque no había aportado 50 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez. La Corte amparó los derechos del tutelante porque el dictamen fue proferido en una fecha posterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, tiempo durante el cual, el tutelante aportó al sistema las semanas suficientes para que se le reconociera su derecho.

16 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

18 M.P. María Victoria Calle Correa.

19 En este caso la Corte amparó los derechos fundamentales de la accionante, quien padecía insuficiencia renal crónica terminal y a quien se le había negado el reconocimiento de la pensión de jubilación porque no había cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal como lo dispone el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. La Corte constató que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez la peticionaria continuó realizando aportes al Sistema, reuniendo las semanas mínimas de cotización exigidas legalmente. En consecuencia, se ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones accionada tomar como fecha de estructuración de la invalidez el día en que se profirió el dictamen que calificó la pérdida de la capacidad laboral de la actora, y por lo tanto, reconocer y pagar la pensión de invalidez solicitada.

20 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

21 Folios 24 y 25.

22 Folio 43. De conformidad con el inciso 2º del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, corresponde en primera instancia al ISS, entre otras entidades, la determinación de la pérdida de la capacidad laboral, la calificación del grado de invalidez y el origen de estas contingencias. El tenor de la norma es el siguiente: “Artículo 41. Calificación del estado de invalidez. (...) 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. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)”.

23 En la sentencia T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), al estudiarse un caso similar al presente, en donde el Fondo de Pensiones había desconocido las cotizaciones de la actora al Sistema (cotizó por más de 21 años), la Corte tomó como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la peticionaria dejó de realizar las respectivas cotizaciones,

pues sólo hasta ese momento se configuró verdaderamente la situación de invalidez que le impidió seguir laborando.

24 Folio 20.

25 Resumen de semanas cotizadas expedido por el ISS, folio 20.

26 Decreto 917 de 1999, art. 3.