

T-294-15

Sentencia T-294/15

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES DE PERSONA CON DISCAPACIDAD Y PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA EL ISS EN LIQUIDACION Y COLPENSIONES-Persistencia del estado de cosas inconstitucional en cuanto al cumplimiento de medidas adoptadas en auto A110/13 por reducción en el envío de expedientes

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Derecho a la seguridad social y su trascendencia frente a la procedencia excepcional del amparo constitucional

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

PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Alcance de la protección que se desprende de los instrumentos internacionales

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de invalidez a persona en situación de discapacidad

Referencia: expediente T-4.754.352

Acción de tutela instaurada por el señor Álvaro Solano Araque contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- y la compañía JUMBO - CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Procedencia: Tribunal Administrativo de Santander.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de las sentencias proferidas el 8 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander y del 21 de julio del mismo año, y por el Juzgado 7º Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela incoada por Álvaro Solano Araque contra la Administradora Colombiana de Pensiones, en adelante COLPENSIONES y la compañía JUMBO – CENCOSUD COLOMBIA S.A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 20 de febrero de 2015, la Sala Segunda de Selección lo escogió para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El señor Álvaro Solano Araque promovió acción de tutela contra COLPENSIONES y JUMBO – CENCOSUD COLOMBIA S.A., con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social, por los hechos que a continuación se resumen.

A. Hechos probados en el expediente

1. El accionante, quien para la fecha de interposición de la presente tutela, contaba con 56 años de edad[1], explicó que de acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral que le fuera elaborado por COLPENSIONES el 3 de junio de 2013, se determinó que padecía una discapacidad laboral de 69,76%, con fecha de estructuración el 29 de julio de 1957, día de su nacimiento.

2. En el referido dictamen, COLPENSIONES señaló que el afiliado, sordomudo de nacimiento, analfabeta y quien ha laborado en oficios varios y tiene cotizadas 1200 semanas, presentó un examen de medicina laboral en la especialidad de neurología, elaborado el 28 de febrero de 2013 que señala: “importante ataxia que parece cerebelosa moderada disimetría bilateral de MSS. Aparente disminución de MSS queja de dolor con MVS paciente sordomudo cuadro clínico no compatible con polineuropatía, TAC cerebral 24/06/11. Hematoma subgaleal frontal derecho. Edema periorbitario derecho. RM cerebral 28/06/11 cambios leves de atrofia cortical. Nota usuario sordomudo de nacimiento pero que ha laborado lleva 1200 semanas cotizadas.”(fl 30).

3. El mismo informe señaló que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral era el 29 de julio de 1957, y que dicha discapacidad laboral se debió a que la condición de sordomudez no clasificada del señor Solano Araque se vio agravada por la ataxia cerebelosa de iniciación tardía, además de epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones focales y parciales, con ataques parciales simples (fl. 30).

4. Visto el contenido de dicha resolución, el accionante no comparte la fecha en la que presuntamente se estructuró su pérdida de capacidad laboral, pues a pesar de su limitación auditiva congénita, ello no ha sido óbice para laborar con diferentes empleadores a lo largo de su vida laboral[2], lo que le ha permitido igualmente cotizar al sistema pensional desde el 6 de julio de 1990. Explicó que la ATAXIA CEREBRAL y EPILEPSIA[3], que dieron origen a las dificultades para caminar, comenzó a padecerla a consecuencia de un trauma cráneo-encefálico sufrido el 28 de junio de 2011, fecha para la cual, se encontraba laborando para la empresa JUMBO CENCOSUD COLOMBIA S.A.

5. Como fundamento de los recursos de reposición y apelación interpuestos en contra de la Resolución GNR 183155 de julio 26 de 2013 proferida por COLPENSIONES, el accionante señaló que la referida resolución tiene varias inconsistencias: (i) estableció diferentes fechas de estructuración de su invalidez en la misma resolución, al señalar las fechas 29 de julio de 1957 y 1º de noviembre de 1967 (fl12 y 12 visto); y, (ii) COLPENSIONES no hizo ningún análisis a la ataxia cerebral y el trauma cráneo-encefálico que había padecido en junio de 2011, pues circunscribió su estudio a que estas afecciones neurológicas solo eran “agravantes” de su condición de sordomudez, cuando quiera que

dichas patologías surgieron en junio de 2011, siendo las verdaderas circunstancias médicas del origen de su pérdida de capacidad laboral.[4]

6. No obstante, en resolución GNR 15576 del 17 de enero de 2014, COLPENSIONES resolvió negativamente el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la resolución inicial que había negado el reconocimiento pensional reclamado, y dando trámite ante el superior jerárquico del correspondiente recurso de apelación.

7. Debe anotarse finalmente, que hasta la fecha de interposición de esta acción de tutela -julio 9 de 2014- (folio 35 cd. principal), COLPENSIONES no había resuelto el recurso de apelación que fuera interpuesto.

8. Explicados los anteriores hechos, el accionante reiteró que por sus problemas de salud, no ha podido laborar, razón suficiente para ver comprometido su mínimo vital. Explicó además, que la empresa JUMBO -CONCOSUD COLOMBIA S.A., no le ha cancelado su salario desde junio de 2011, y tampoco ha cancelado pago alguno por concepto de su incapacidad, motivo por el cual considera comprometidos igualmente, sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social. De otra parte, en declaración extrajudicial rendida por su hermana (fl. 18), afirma que su hermano Álvaro Solado Araque es una persona discapacitada (sordo mudo), que se encuentra bajo su cuidado y protección, y depende económicamente de ella.

9. Así, en vista de los anteriores hechos, el señor Álvaro Solano Araque solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital y a la pensión, y pide para su protección, ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de su pensión de invalidez, y que la misma sea pagada de manera retroactiva a partir del 28 de junio de 2010. De igual manera, pide que, mientras se resuelve esta situación, se ordene a su empleador JUMBO - CENCOSUD COLOMBIA S.A. el pago de su salario.

B. Actuación procesal

10. Mediante auto del 9 de julio de 2014, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga admitió demanda y ofició tanto a COLPENSIONES como a la compañía JUMBO - CENCOSUD COLOMBIA S.A., para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el accionante, quienes en efecto intervinieron en los siguientes términos.

11. De las pruebas aportadas al plenario, así como de las intervenciones hechas por la compañía JUMBO – CENCOSUD COLOMBIA S.A. (fls. 41 a 46), se pudo establecer que el señor Solano Araque recibió de su último empleador, el pago de su salario hasta cuando acumuló 180 días de incapacidad, momento a partir del cual cesó esta obligación en cabeza del empleador (art. 227 C.S.T.), “y queda en cabeza del trabajador realizar los trámites posteriores ante su EPS, ya sea para el estudio de su pensión de invalidez o para el proceso de concepto de favorabilidad que extienda la cobertura hasta 360 días, caso en el cual le corresponde al trabajador tramitar el proceso ante las entidades del Sistema de Seguridad Social en salud y Pensión” (fl 43 cd. principal). Por esta razón, el empleador afirma haber cumplido con su obligación legal de pagar el salario al accionante hasta cuando acumuló 180 días de incapacidad, luego de lo cual ha seguido haciendo los respectivos aportes a seguridad social.

12. Por su parte COLPENSIONES señaló en su intervención (fls. 88 a 91) que la acción de tutela no es la vía apropiada para reclamar el reconocimiento pensional, por cuanto se encuentra aún pendiente por resolverse el correspondiente recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que negó inicialmente dicho reconocimiento. Así mismo, el Gerente Nacional de Defensa Judicial de COLPENSIONES -quien diera respuesta a esta acción de tutela- explicó, que es la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de esa entidad la encargada de resolver de fondo todas las peticiones, recursos y reclamos presentados por sus afiliados en relación con sus derechos pensionales. Por esta razón, solo hasta cuando dicha dependencia resuelva la reclamación pensional aquí planteada, podría darse una respuesta de fondo.

C. Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

En sentencia del 21 de julio de 2014, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga negó el amparo constitucional deprecado por el señor Álvaro Solano Araque. Consideró el a quo que si bien el accionante no comparte la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, la acción de tutela no es la vía apropiada para controvertir dicha situación, pues el interesado dispone de los recursos de ley para ello, además de que puede solicitar una nueva calificación, en tanto el juez de tutela no le compete resolver

este tipo de discrepancias médico-laborales.

En cuanto a la actuación asumida por la empresa JUMBO – CENCOSUD COLOMBIA S.A., el juez de primera instancia, consideró que de la respuesta dada por esta entidad, se pudo establecer que esa compañía había informado de manera oportuna al señor Solano Araque, acerca del pago puntual de los aportes que ha venido realizado al sistema de seguridad social en los términos de ley, y le aclaró que lo seguirá haciendo hasta cuando sea calificado y pensionado. Por estas consideraciones se concluye que la empresa JUMBO – CENCOSUD COLOMBIA S.A. no ha vulnerado los derechos del accionante.

Finalmente, se advirtió que aún se encuentra pendiente por resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el mismo accionante, razón por la cual existe la posibilidad de que su petición de reconocimiento pensional sea estudiada de fondo y se revoque la decisión inicial.

Impugnación

Al no compartir la decisión de primera instancia el señor Solano Araque, la impugnó con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Hace mención a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con la protección y garantía de la estabilidad laboral reforzada que le asiste a las personas que mientras trabajan empiezan a tener serias limitaciones de salud. Hace expresa mención al contenido de la Ley 361 de 1997 o Ley Clopatosky, según la cual la persona afectada en su salud no debe encontrarse en un estado de postración o al límite de su existencia para ver garantizada su estabilidad laboral.
2. Considera que en lo que respecta a la respuesta dada por la empresa JUMBO-CENCOSUD COLOMBIA S.A. de encontrar ajustadas sus obligaciones patronales con el pago de los aportes a la seguridad social mientras al trabajador se le califica su invalidez, señala que condicionar la reanudación del pago de su salario tan solo a cuando recupere su buena salud, resulta absurdo, pues la correcta interpretación normativa sobre el particular señala que el empleador deberá asumir las obligaciones laborales de su trabajador cuando no haya lugar a incapacidades o éstas se hubiesen pagado en su término. Por ello, si por alguna razón el empleador desea suspender o dejar de hacer el pago de las prestaciones sociales

como el salario, sólo podrá hacerlo previa autorización expedida por el Ministerio del Trabajo.

3. En cuanto a la sugerencia que se hace de acudir al juez natural, ello supondría la interposición de la correspondiente acción laboral, la cual no es más eficaz que la acción de tutela.

4. Finalmente, en lo que respecta al hecho de que no se encuentra demostrado un perjuicio irremediable, no se entiende cómo debe ser entendido éste, pues él es una persona sordomuda, padece de epilepsia, ataxia cerebral y presenta serias dificultades en su movilidad, pese a lo cual se le suspende el pago de su salario. Por ello, considera que el juez de primera instancia ha debido ordenar el pago de al menos 180 días de salario, dadas las circunstancias, tal y como lo dispone la misma Ley 361 de 1997, como sanción al empleador por su actuar discriminatorio.

Sentencia de segunda instancia

En decisión del 8 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Santander revocó la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Consideró el ad quem que a pesar de que al accionante le fue negado el reconocimiento de la pensión por invalidez, se advierte, que frente a la referida decisión fue interpuesto el respectivo recurso de apelación el cual aún no ha sido resuelto, lo que significa que el accionante aún tenía a su disposición tanto el mecanismo administrativo que se encuentra en trámite, como la vía judicial (contenciosa administrativa), a la cual podrá acudir mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para solicitar el reconocimiento y pago de la anhelada pensión.

Ahora bien, aun cuando el accionante afirma que se encuentra expuesto a un perjuicio irremediable, tras revisarse el expediente de tutela, se observó que no se aportó prueba alguna que confirmarse la violación de sus derechos por parte de las entidades accionadas.

Por todo lo anterior, y entendiendo que la acción de tutela fue negada, encuentra esta

instancia judicial que el término jurídico adecuado para resolver esta acción de tutela dados los argumentos expuestos, sería la declaratoria de la improcedencia de este mecanismo judicial.

D. Actuación judicial surtida en sede de revisión

Sin embargo, mediante oficio de fecha 9 de abril de 2015, la Secretaría General de la Corte informó al despacho de la magistrada sustanciadora, que el término probatorio venció en silencio. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se entenderá por ciertos los hechos presentados en la solicitud de tutela por el peticionario.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para examinar las sentencias de tutela proferidas en este asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9º) de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

El asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. De acuerdo con los antecedentes fácticos atrás expuestos, deberá la Sala de Revisión entrar a determinar si la negativa de COLPENSIONES en reconocer la pensión de invalidez al señor Álvaro Solano Araque vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social, al haber establecido que la pérdida de capacidad laboral tazada en el 69,76% se había estructurado desde el día de su nacimiento, es decir, el 2 de julio de 1957, y que por tal motivo, las cotizaciones en pensiones se dieron a partir del 6 de julio de 1990, son posteriores a la fecha de estructuración del siniestro (29 de julio de 1957), razón por la cual no resulta posible el reconocimiento de dicha prestación. Por el contrario, el accionante afirma que su condición de discapacidad laboral no tiene que ver con su condición de sordo mudéz congénita, por cuanto el motivo de tal incapacidad tuvo origen en una lesión cráneo-encefálica sufrida luego de una caída sufrida el 24 de junio de 2011, y diagnosticada posteriormente como ataxia cerebral y epilepsia.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala deberá analizar inicialmente i) la

procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento pensional. Luego, de ello, ii) deberá hacer una consideración previa en relación con el deber de COLPENSIONES de dar respuesta de manera prioritaria, efectiva y oportuna a las peticiones de sus afiliados de acuerdo con unos criterios de priorización. Seguidamente, iii) reiterará la posición jurisprudencial de esta Corporación en relación con la relevancia del derecho a la seguridad social como fundamento para la procedencia excepcional de la tutela en el reconocimiento de una pensión de invalidez. Luego iv) se expondrán los criterios jurisprudenciales establecidos por esta Corporación en relación con la fijación de la fecha de estructuración del estado de invalidez, en especial cuando el peticionario padece una condición congénita o una enfermedad crónica o degenerativa; luego v) se expondrá la protección constitucional y de instrumentos internacionales a las personas con discapacidad. Finalmente, vi) se resolverá el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez de una persona en condición de discapacidad

3. Con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional[5], el carácter subsidiario[6] de la acción de tutela se traduce, por regla general, en su improcedencia cuando quiera que exista otro medio de defensa judicial. Sin embargo, si ese otro medio no es lo suficientemente eficaz para la protección efectiva de los derechos fundamentales, la acción de tutela será viable como mecanismo transitorio, a efectos de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, mientras la autoridad judicial correspondiente se pronuncie de fondo sobre la materia objeto de litigio.[7]

4. A pesar de que la Corte ha considerado que la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para ordenar el reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, por ser competencia de la justicia ordinaria laboral o contencioso administrativa, ha advertido de todos modos, que solo de manera excepcional, dicho reconocimiento pensional podrá darse por vía de la acción de tutela, aún en presencia de otros medios de defensa judicial, cuando quiera que de tal reconocimiento dependa la protección de derechos fundamentales. En el caso de la pensión de invalidez se ha ordenado su reconocimiento y pago por vía de la acción de tutela, pues la misma “goza de una garantía constitucional reforzada cuando está en juego el mínimo vital de su titular y el de su núcleo familiar.”[8]

5. El análisis de procedibilidad debe igualmente valorar las circunstancias concretas del caso objeto de análisis, a efectos de determinar la idoneidad o no de la vía judicial, de tal manera que si no es idónea, ello supondrá que el conflicto jurídico planteado ha trascendido el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional que justifica la intervención del juez de tutela[9].

6. Así mismo, esta Corporación ha considerado que el juicio de procedibilidad de la acción de tutela deberá ser menos riguroso[10] cuando quiera que quienes acudan a este mecanismo excepcional de protección constitucional de sus derechos fundamentales corresponda a personas en estado de debilidad manifiesta y de especial protección como niños, mujeres embarazadas, ancianos, minorías étnicas o personas en condición de discapacidad. En este contexto, la procedibilidad de la acción constitucional se someterá a reglas probatorias menos estrictas, derivadas directamente de la especial condición del afectado[11].

7. En consideración con el anterior planteamiento, esta Corporación ha concluido que no resulta aceptable someter a una persona, cuya debilidad es manifiesta, al agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, dada su lentitud en el trámite y complejidad procedimental, o condicionar los derechos de estas a la voluntad de terceros que limiten su autonomía personal y que por lo mismo afecten su dignidad. [12]

8. De otra parte, de alegarse la inminencia de un perjuicio irremediable, este deberá reunir los requisitos definidos por la Corte como son que i) el hecho sea cierto e inminente; ii) que las medidas a tomar han de ser urgentes; iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente iv) que las medidas a tomar sean impostergables.[13]

9. De esta manera, además de verificarse el cumplimiento de los requisitos que configuran un perjuicio irremediable también se deberán tener en cuenta las especiales condiciones personales de quien reclama la protección constitucional, a fin de establecer si pertenece a un grupo de especial protección constitucional.[14]

10.1 En efecto, el que COLPENSIONES hubiese negado al señor Álvaro Solano Araque el reconocimiento de su pensión de invalidez sin tener en cuenta que a pesar de que el accionante se encuentra aún en la etapa de vida laboral activa, el tener una discapacidad

laboral cercana al 70%, aunado a su bajo nivel de formación académica producto de su condición especial desde su niñez (fl. 22), y las graves limitaciones en su motricidad, lo identifican como una persona en estado de debilidad manifiesta.

10.2 De igual manera, el que su hermana hubiese declarado extrajudicialmente que en la actualidad el accionante se encuentra bajo su cuidado y total dependencia económica (fl. 18), justifica aún más la necesidad urgente de proteger sus derechos fundamentales, pues no cuenta con un ingreso propio que garantice sus mínimas condiciones de vida digna, y compromete su autonomía y dignidad, pues a pesar de contar con el apoyo de un familiar, y de haber logrado su independencia económica durante la mayor parte de su vida, y contar con más de 1200 semanas de cotizaciones al sistema pensional, debe ahora depender de la voluntad o caridad de terceras personas, que como su hermana cuida de él.

Así, ante las especiales condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta del accionante, la acción de tutela resulta viable de manera excepcional, para lograr la protección de sus derechos fundamentales, razón suficiente para entrar a realizar el análisis de fondo de los problemas jurídicos planteados en la demanda.

Incidencia de los Autos proferidos por la Corte Constitucional en relación con la superación del estado de cosas inconstitucional presentada por los retrasos injustificados del ISS -en Liquidación- y de COLPENSIONES, en resolver reclamaciones pensionales de sus afiliados.

11. Antes de entrar a desarrollar los planteamientos jurídicos que permitirán resolver el problema jurídico evidenciado en el presente caso, resulta necesario hacer una consideración previa, en el sentido de advertir que en tanto la acción de tutela se interpuso en contra de varios accionantes, principalmente de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, como entidad que reemplazó al ISS en su gestión de administrar el fondo de pensiones de prima media, en los Autos 110, 182, 233, 276 y 320 de 2013, así como en el auto 259 de 2014, esta Corporación impuso órdenes cuyo alcance tienen un efecto inter comunis, en relación con las peticiones pensionales y órdenes judiciales que vinculan al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación y a COLPENSIONES.

12. La razón fundamental de esta consideración previa es señalar que si bien esta Corte advirtió que ante el creciente número de peticiones no respondidas y de decisiones

judiciales incumplidas por parte del ISS en Liquidación, se causó una generalizada vulneración de derechos fundamentales de sus afiliados, y el retraso en la gestión de aquellas peticiones que fuera planteada de manera directa ante COLPENSIONES por sus usuarios también se vio afectada en su resolución, generando igualmente una efectiva demora en la solución de las mismas.

13. Bajo este entendido, y atendiendo una sugerencia que la misma entidad hizo para resolver todas las peticiones a su cargo en un plazo máximo por ella misma propuesta, la Corte Constitucional aceptó el plazo sugerido (diciembre 31 de 2013), pero planteó unos criterios de priorización en la atención de dichas reclamaciones, atendiendo el nivel o riesgo de vulnerabilidad del titular de la reclamación. Fue así como la Corte advirtió que no todas las personas estaban en condiciones de asumir cargas públicas, así como de someterse a esperas indefinidas para obtener una respuesta a sus reclamaciones, o para alcanzar el efectivo cumplimiento por parte de esta entidad de una orden judicial que favoreciere sus intereses. Por ello, en desarrollo de acciones positivas, se establecieron criterios de priorización encaminados a romper la inequidad en las cargas asumibles, estableciéndose tres grupos prioritarios de atención. Así, el grupo de prioridad uno en el que se encuentra el señor Solano Araque corresponde a “los sujetos con mayor fragilidad y menor capacidad de soportar la espera en la resolución de sus peticiones pensionales, y el cumplimiento a los fallos de tutela que protegieron sus derechos”[15]. Entre esta personas con máxima prioridad se encuentran las personas en condiciones de invalidez que hubieren perdido un 50% o más de su capacidad laboral y las que acrediten padecer una enfermedad de alto costo o catastrófica[16]; (Énfasis agregado).

14. Así, a pesar de que en los diferentes autos proferidos por esta Corporación se establecieron algunos plazos para resolver de manera efectiva y pronta las peticiones presentadas por los afiliados, así como para dar cumplimiento a los requerimientos judiciales ya tramitados, en el caso de las peticiones, recursos o reclamaciones de las personas clasificadas en el grupo de prioridad uno, los mismos debían ser resueltos de manera prioritaria y no se encontraban beneficiados con ningún tipo de “plazo especial” para su resolución.

15. Dadas las circunstancias particulares en las que se encuentra el señor Solano Araque, y verificado que pertenece al grupo con prioridad uno, la resolución de su recurso

de apelación ha debido hacerse de manera perentoria, dentro de los términos de ley contados a partir de la interposición del recurso, lo cual se fijó para el 17 de enero de 2014, tal y como lo indica el numeral segundo de la parte resolutive de la resolución GNR 15576, que además de resolver el recurso de reposición, dio trámite al recurso de apelación.[17].

16. Con esta aclaración previa, lo que pretende la Sala de Revisión es poner de presente que, de impartirse en el caso bajo revisión, alguna orden en contra de COLPENSIONES, la misma se adoptará acogiendo los criterios establecidos en los referidos Autos, permitiendo de esta manera una homogeneidad en las decisiones de esta Corporación respecto de aquellas acciones de tutela cuya reclamación se centre en los mismos o similares argumentos fácticos y jurídicos en los que se encuentran el accionante y su reclamación pensional.

Relevancia del derecho a la seguridad social como fundamento para la procedencia excepcional de la tutela en el reconocimiento de una pensión de invalidez

17. El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social como un derecho fundamental irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio, el cual debe prestarse en los términos que establezca la ley. En desarrollo de esta norma constitucional, y tras expedirse la Ley 100 de 1993, se implementó como parte del Sistema de Seguridad Social Integral, el Sistema General de Pensiones, diseñado para garantizar a la población una protección frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

18. En relación con las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común,[18] el referido Sistema General de Pensiones dispuso a través del artículo 39 de la citada Ley 100 de 1993 (actualmente modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003), un aseguramiento para quienes estando afiliados al sistema pensional al momento de la estructuración de su invalidez, viesen disminuido en más del cincuenta por ciento sus capacidades laborales, en cuyo caso podrían reclamar el reconocimiento pensional, previo cumplimiento de los requisitos preestablecidos para tal contingencia. En caso de no reunirlos, solo sería viable el reconocimiento de una indemnización sustitutiva.

Así, la pensión por invalidez, cuyos requisitos y aportes exigidos para alcanzar su reconocimiento son sustancialmente menos exigentes que para una pensión por vejez, fue

prevista en consideración a la enorme dificultad que tendría que afrontar una persona que habiendo perdido la posibilidad de insertarse o mantenerse en el mercado laboral en razón a la drástica disminución de sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, vea seriamente comprometidos sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital. Por esta razón, y ante el riesgo de la vulneración de tales derechos, la acción de tutela surge como el mecanismo judicial excepcional más idóneo para reclamar el reconocimiento de dicha prestación económica.[19]

19. Así, en el entendido de que la prestación pensional por invalidez resulta ser un derecho fundamental[20], y a pesar de los diferentes cambios normativos sucedidos, subsisten en su esencia tres elementos que deben cumplirse para alcanzar tal reconocimiento prestacional:

- (i) Un mínimo de semanas de cotización al sistema;
- (ii) Un tiempo determinado durante el cual esas cotizaciones debieron haberse efectuado, y
- (iii) La existencia certificada de una pérdida específica y considerable de su capacidad laboral.

Solo de reunirse los anteriores requerimientos en los términos de ley, resultará viable la protección constitucional por vía de tutela, cuando quiera que quien reclame su reconocimiento encuentre igualmente comprometidos sus derechos fundamentales.

Criterios de la Corte Constitucional para la fijación de la fecha de estructuración del estado de invalidez, en personas que padecen una condición congénita o una enfermedad crónica o degenerativa.

20. La Corte Constitucional ha proferido varios pronunciamientos jurisprudenciales en casos en los que una persona afectada por una condición congénita, o una patología crónica o degenerativa ven disminuidas sus capacidades laborales al punto de estructurar la condición de invalidez, pero en cuyos casos, la fecha de estructuración de su invalidez se ha fijado en un momento muy anterior al dictamen, circunstancia que vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de esa esa persona.

21. Es a partir de esta situación que debe analizarse las características que determinan la condición de invalidez, así como también qué entidades estarían legalmente autorizadas a establecer, no solo el nivel de discapacidad laboral alcanzado por esa persona, sino también la fecha en que tal condición se estructuró.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, las entidades autorizadas para dictaminar la invalidez, y con ello la pérdida de capacidad laboral son:

- (ii) las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, ahora denominadas Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-;
- (iii) las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez, además de muerte; y,
- (iv) las Entidades Promotoras de Salud -EPS-.[21]

La inconformidad con el dictamen podrá ser objeto de apelación y recaer sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, así como sobre la fecha establecida como momento exacto de la estructuración de tal invalidez.

22. Ahora bien, la calificación de la pérdida de capacidad laboral se define a partir del porcentaje de afectación producida respecto de las condiciones físicas y/o mentales de la persona, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía,[22] de tal suerte que el resultado global de dicha valoración, deberá ser igual o superior al 50% de pérdida de dichas capacidades, para considerarse que se es inválido, y además, dicha valoración deberá fijar el momento a partir del cual esa condición de invalidez se estructuró.

Ahora bien, el Decreto 917 de 1999, define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “[...] en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”. Este criterio ya había sido sostenido en su momento por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que había considerado que una persona debía ser considerada como inválida, el día en que “le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”[23].

23. Ciertamente, cuando una persona pierde, o ve drásticamente disminuido el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, al punto que ya no pueda desarrollar de manera habitual una actividad laboral que le asegure una retribución económica a cambio de ella, verá seriamente comprometidos otros derechos fundamentales distintos al trabajo, cuando quiera que le resultará igualmente difícil asegurarse unas condiciones mínimas de vida digna, un mínimo vital, además de no poder seguir asumiendo el pago de sus cotizaciones al sistema general de seguridad social. Por ello, en estos casos, salvo que se cuente con una prueba puntual e indiscutible de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez suele establecerse en una época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, momento para el cual en la mayoría de los casos, el trabajador declarado inválido ya ha reunido los requisitos establecidos para lograr el reconocimiento pensional por invalidez. Por ello, resulta posible que, en algunos casos en los que la persona padece una enfermedad crónica o degenerativa, la fecha de estructuración del estado de invalidez se fija en un momento anterior a la fecha del dictamen,[24] a pesar de que para ese momento, la persona conservase aún todas sus capacidades funcionales, pudiendo generar cotizaciones al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de la presunta estructuración de su invalidez.

24. Por lo anterior, resulta importante, que las entidades autorizadas para dictaminar acerca de la pérdida de capacidad laboral de una persona, deben distinguir claramente entre el momento en que la persona pierde materialmente un cincuenta por ciento o más sus capacidades y la fecha en que la enfermedad o la condición que la aqueja presentó su primera sintomatología, o tuvo su primer episodio clínico registrado, pues es común que para ese momento no se hubiese evidenciado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva[25] superior al porcentaje anotado[26], tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez - Decreto 917 de 1999-[27].

Por ello, en los casos, en los que la condición médica que afecta a la persona tiene un origen congénito o se cataloga como una condición médica degenerativa, la evolución lenta, progresiva e incapacitante de dichas condiciones, solo suelen ser invalidantes a lo largo del tiempo. Así, solo cuando “una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en

que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50%. Y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.”[28] (Énfasis original).

25. El anterior planteamiento fue asumido por la Corte en la sentencia T-561 de 2010[29], en la cual se estudió el caso de una persona que sufría una enfermedad mental de muy larga evolución, y quien a pesar de haberse afiliado al sistema pensional desde julio de 1983 y haber acumulado más del 1300 semanas de cotizaciones a lo largo de 21 años, le fue negada la petición de reconocimiento pensional tramitada en el mes de diciembre de 2004 por el ISS -hoy liquidado-, en resolución de abril de 2006. En su momento el ISS señaló que a pesar de que la accionante tenía una pérdida de capacidad laboral de 51.10%, la fecha de estructuración de su invalidez había sido fijada en noviembre de 1983, fecha para la cual la accionante no había acumulado cuando menos 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al momento de la estructuración de su invalidez.

26. En esa oportunidad esta Corporación concluyó que el ISS había asumido como fecha de estructuración de la condición de invalidez de la accionante la del primer episodio clínicamente registrado en su historia médica, en el que se evidenciaba la presencia de la enfermedad mental que aquejaría desde ese momento a la actora. No obstante, el ISS no advirtió que esa persona había cotizado a pensiones por 21 años más, lo que hacía poco creíble que para el mes de noviembre de 1983, fecha de la presunta estructuración de la invalidez, esa persona hubiese perdido de manera permanente y definitiva más del cincuenta por ciento de su capacidad laboral. En ese caso, la Corte decidió conceder el amparo constitucional solicitado y ordenó el reconocimiento pensional, estableciendo como fecha de estructuración de la invalidez, el día en que se hizo la solicitud del reconocimiento de su pensión de invalidez, es decir octubre de 2004, por cuanto se consideró que para ese momento el deterioro de las condiciones mentales de la accionante habían comprometido su salud al punto de invalidarla.

27. Ahora bien, en los numerosos casos en los que esta Corporación se ha pronunciado en relación con la disconformidad de los accionantes con la fecha de la presunta estructuración de su invalidez, se han establecido criterios tan variados como que el real

momento de la estructuración puede estar dado en la fecha en que el particular solicitó el reconocimiento pensional, como también, el día en que se hizo el último aporte pensional; la fecha en que se emitió el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral; la fecha en que se resolvió el recurso de apelación que confirmó la negativa al reconocimiento pensional, siendo todos los anteriores, consideraciones puntuales y aplicables a cada uno de los casos resueltos por la Corte.[30] Los diferentes criterios para determinar el reconocimiento pensional han obedecido en todo momento a la aplicación normativa más favorable al accionante, atendiendo por supuesto, el contexto fáctico en que se dio su reclamación.

28. Ahora bien, en el caso de las personas que tienen una condición física o mental que los acompaña desde su nacimiento, la situación resulta mucho más grave, cuando esas especiales circunstancias físicas, psíquicas o sensoriales son asumidas por el ente calificador, como razón suficiente para argumentar que esa condición especial es el origen de la invalidez y que por lo mismo ésta surgió con el nacimiento de esa persona, omitiendo cualquier otro análisis sobre muchos otros elementos fácticos que rodean al individuo y que desvirtuarían dicho planteamiento (vida laboral, aportes al SGSS, etc.). En este supuesto de hecho, cuando una persona que tiene una de estas especiales condiciones congénitas, inicia la reclamación de su reconocimiento pensional, no solo verá afectados sus derechos fundamentales, sino que de paso estará siendo objeto de un trato discriminatorio, pues se estaría dando por hecho que quienes por alguna razón de origen congénito tienen una limitación, no tendrán derecho a acceder a un trabajo, a pesar de tales limitaciones, físicas, psíquicas o sensoriales, y tampoco tendrán derecho a acceder a otros servicios y beneficios sociales, entre ellos, al Sistema General de Seguridad Social para reclamar por vía de este, el aseguramiento que pudiesen alcanzar luego de toda una vida laboral activa. Obviamente existirán casos puntuales en los que desde el nacimiento el nivel de compromiso de esas condiciones físicas, psíquicas o mentales son de tal entidad, que es evidente la condición de invalidez congénita. Para entrar a analizar estos supuestos vale la pena mencionar la especial protección constitucional y de instrumentos internacionales existentes sobre el particular.

Protección constitucional y de instrumentos internacionales a las personas con discapacidad

29. Una vez reiterada la jurisprudencia de la Corte sobre el establecimiento en forma retroactiva de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la Sala de Revisión hará una breve exposición sobre la protección constitucional e internacional de las personas con discapacidad.

30. Los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Política, disponen de manera expresa, la clara protección que debe ofrecerse las personas que se encuentra en condiciones de desigualdad frente a las cuales debe prodigárseles una especial protección. En tal sentido, el Estado debe establecer política de prevención, rehabilitación e integración social a quienes presenten alguna limitación física, psíquica o sensorial, por lo que igualmente deberá garantizar que estas personas que presenten alguna condición de discapacidad o minusvalía puedan acceder a espacios de trabajo acordes con sus especiales condiciones de salud, para lo cual deberá establecerse igualmente una educación especial a estas personas.

31. En el ámbito internacional, los instrumentos diseñados y definidos para proteger a las personas en especiales condiciones de discapacidad física, psíquica o sensorial han merecido un especial trato. Así, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación No. 5, señaló que el Pacto de Derechos económicos Sociales y Culturales atendiendo los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dará igual trato a todas las personas, y frente a aquellas que por su condición de discapacidad, serán objeto de especiales medidas.

32. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas en 2006 adoptó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Colombia mediante Ley 1346 de 2009 y declarada exequible por esta Corte en sentencia C-293 de 2010[31]. En esa norma se adoptaba una nueva visión del concepto de persona discapacitada asegurando el pleno goce de sus derechos. En ese mismo documento se plantearon los diferentes mecanismos para eliminar cualquier tipo de discriminación sobre las personas en condición de discapacidad. Dentro de esos nuevos instrumentos de protección, se establecieron los relacionados con el derecho que estas personas tienen a ser rehabilitadas y habilitadas en los campos de la salud, la educación, el empleo y el acceso a los servicios sociales, asegurando con ello, el derecho a su independencia y garantizando su dignidad humana.

Caso concreto

33. Con base en las consideraciones atrás expuestas, y atendiendo los antecedentes del caso, la Sala encuentra vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Álvaro Solano Araque.

34. Para iniciar, debe señalar la Sala que la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedibilidad de la misma.

La misma fue interpuesta dentro de un plazo razonable desde el último pronunciamiento que el accionante conoció en relación con su reclamación pensional, es decir, el 17 de enero de 2014, pues si bien a partir de ese momento corrió el plazo para que COLPENSIONES resolviera el recurso de apelación, el mismo al parecer no había sido resuelto por dicha entidad pensional al momento en que esta Corporación, mediante auto del 17 de marzo de 2015 la requirió para que informara sobre la resolución del mismo, sin que se hubiese obtenido respuesta alguna. Así, la acción de tutela fue presentada el día 9 de julio de 2014, por lo que solo habían transcurrido un poco más de cinco meses, plazo durante el cual el accionante estuvo a la espera de la resolución del anotado recurso de apelación. Luego, es claro que cumplió con el requisito de la inmediatez.

35. De igual forma, encuentra esta Sala que la acción de tutela se incoó en contra de una decisión que negó el reconocimiento pensional, y que a pesar de contar con recursos ordinarios de reclamación judicial, visto el entorno físico, de salud, económico del accionante, no resulta constitucionalmente admisible someterlo a un trámite cuya respuesta a la protección de sus derechos fundamentales no cumplía con el requisito de idoneidad. En este punto debe anotarse que si bien el accionante de manera expresa no hace mención al riesgo de encontrarse expuesto ante un perjuicio irremediable, de la lectura de los hechos y de las pruebas aportadas al plenario, es fácil concluir, que la grave limitación de su motricidad, aunado a su condición de paciente epiléptico, debe depender de terceras personas para cumplir sus más elementales actividades personales, amén de su dificultad para comunicarse en razón a su condición de sordo mudo, demuestra que, no contar con recursos propios para asegurarse una vida en condiciones dignas, lo expone de manera injustificada a un perjuicio irremediable.

36. Ahora bien, debe recordar la Sala que si bien el señor Solano Araque cuenta con tan

solo 57 años de edad, las circunstancias personales que lo individualizan como son su condición de sordomudez congénita, aunado a su analfabetismo, y a padecer desde junio de 2011 de ataxia cerebelosa y epilepsia, lo clasifican como una persona en extremas condiciones de vulnerabilidad.

37. Si bien el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, determinó que la ataxia cerebelosa y la epilepsia se advierten como agravantes de la condición de sordomudez, tras realizarse una simple búsqueda de información científica se pudo establecer lo siguiente:

Consultada la página electrónica de la National Institute of Neurological Disorders and Stroke -NINDS-/ National Institutes of Health -NIH-[32] se pudo establecer que la Ataxia, o atrofia espinocerebelosa, corresponde a un daño en algunas partes del sistema nervioso que controlan el movimiento. Las personas con ataxia sufren una falla en el control muscular de los brazos y de las piernas lo cual ocasiona una pérdida de equilibrio o coordinación o una alteración en el modo de caminar. Aunque el término “ataxia” se usa principalmente para describir este grupo de síntomas, a menudo se utiliza también para referirse a un grupo de trastornos. Sin embargo, no se trata de un diagnóstico específico.

La mayoría de los trastornos que llevan a la ataxia hacen que se degeneren o atrofien células en la parte del cerebro denominada cerebelo. En ocasiones también se ve afectada la médula espinal. Las frases degeneración cerebelosa y degeneración espinocerebelosa se usan para describir cambios que se han producido en el sistema nervioso de una persona, pero ninguno de ellos constituye un diagnóstico específico. La degeneración cerebelosa y espinocerebelosa tienen muchas causas diferentes. La edad de presentación de la ataxia resultante varía dependiendo de la causa subyacente de la degeneración. Además de que el origen de las ataxias puede ser hereditarias, pueden ser esporádicas en familias sin historia previa como también adquiridas.

En este último supuesto, cuando la ataxia es adquirida, la misma puede tener su origen en los accidentes cerebrovasculares, la esclerosis múltiple, los tumores, el alcoholismo, la neuropatía periférica, los trastornos metabólicos y las deficiencias vitamínicas. En el caso de las ataxias hereditarias no existe cura alguna. En las demás variedades, su tratamiento depende de su origen.

Así, en el caso de trastornos de la marcha y de la deglución se pueden usar una gran variedad de medicamentos, además de recurrir a la fisioterapia a efectos de fortalecer los músculos, mientras que ciertos dispositivos o aparatos especiales pueden ayudar a caminar y realizar otras actividades de la vida diaria. Por esta razón su tratamiento y recuperación aún se encuentra en investigación.[33] (Énfasis agregado).

38. Como se observa, las circunstancias que originan, esta patología, en ninguna parte supone o plantea que la misma sea una agravación de una enfermedad previa, como tampoco hace mención a que la misma corresponda como un síntoma que agrave la condición de sordomudez de un paciente. Aún, así, de existir algún nexo científico que así lo demuestre, lo que es evidente es que la condición de sordomudez, por si sola, no surge como la causa o el origen mismo de la discapacidad laboral que afecta al señor Solano Araque.

En este punto, resulta pertinente recordar que el accionante ha sido una persona activa laboralmente desde el año de 1991, quien alcanzó a acumular 7885 días cotizados a pensiones hasta el día 31 de julio de 2012, lo que corresponde a 1125 semanas, tal y como se aprecia de la lectura de la Resolución GNR 183155 del 16 de julio de 2013, proferida por COLPENSIONES. Así, de considerarse que el accionante siempre tuvo una condición de discapacitado, el simple hecho de haber laborado por más de 25 años, desvirtúa por completo la consideración de que la fecha de estructuración de la invalidez hubiese sido la misma del nacimiento, es decir, el 29 de julio de 1957.

39. Por el contrario, y atendiendo los diferentes criterios que se esbozaron en las consideraciones de esta decisión, para determinar cuál debe ser considerada la fecha de estructuración de la invalidez a una persona que ha padecido de una enfermedad congénita o degenerativa, esta Sala de Revisión encuentra que en el caso del señor Álvaro Solano Araque, se puede determinar claramente, que luego de que el accionante tuviese el referido accidente cráneo encefálico el día 24 de junio de 2001, su condición de salud se fue deteriorando, al punto que debió ser objeto de seguidas incapacidades médicas, las cuáles, alcanzaron a sumar 180 días consecutivos. De esta manera, y atendiendo al hecho de que solo a partir de ese momento el trabajador puede ser remitido o solicitar una calificación de su pérdida de capacidad laboral, es a partir de ese momento en que se puede presumir que ya no cuenta con las condiciones mínimas para prestar su fuerza de trabajo, y percibir a

cambio de ella una remuneración que asegure unas condiciones de vida digna.

40. En este caso, el accionante, no pudo seguir laborando, pues como se advierte del concepto académico citado, esta es una enfermedad de muy mal pronóstico de recuperación, razón por la cual, quien se encuentra afectada por la misma no tiene un buen panorama acerca de la continuidad de su vida laboral. Así, tras las recurrentes incapacidades del señor Solano Araque, el haber acumulado más de 180 días sin poder trabajar permite asegurar que existe serios indicios que permiten afirmar que el trabajador ha perdido de manera permanente y definitiva más del cincuenta por ciento sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para desempeñar un trabajo. Pero solo será el dictamen de Calificación correspondiente el que determine dicha situación, razón por la cual, será a partir del momento de su emisión que se establecerá dicha invalidez.

41. Ahora bien, a diferencia de la mayoría de los casos resueltos por esta Corte, en los que se establece como fecha de estructuración el último día en que el trabajador pudo cotizar al sistema de seguridad social en pensiones, en este caso, tal y como se advierte, el empleador del señor Solano Araque, ha venido cumpliendo con los pagos a la seguridad social del accionante, hasta cuando se defina su condición de invalidez y se reconozca su derecho pensional. Bajo esta circunstancia, es entendible entonces, que la fecha de la posible estructuración de la invalidez, no puede ser aquella del último aporte pensional, pues estos siguen cumpliéndose por parte del empleador, en consideración a la obligación legal que lo rige.

Por ello, y atendiendo las circunstancias particulares del presente caso, habrá de entenderse que el momento de estructuración de la invalidez, es la de la fecha de elaboración del informe general del dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral del señor Solano Araque, es decir, el 3 de junio de 2013. Cualquier otra fecha anterior podría suponer el desconocimiento de los criterios mínimos establecidos para considerar que una persona ha perdido en más del 50% su capacidad de laborar, o correspondería a la interpretación menos favorable a los intereses del trabajador.

Conclusión

43. Vistos los anteriores argumentos, esta Sala de Revisión revocará la sentencia proferida proferida el 8 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander. En su

lugar, tutelaré los derechos a la vida en condiciones dignas, a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Álvaro Solano Araque.

Para ello, ordenaré a COLPENSIONES, que en el término de cuarenta y ocho (horas) siguientes a la notificación de la presente sentencia, reconozca al señor Álvaro Solano Araque la pensión de invalidez, atendiendo para ello, los criterios jurídicos aquí expuestos, en especial, el que fija como fecha de estructuración de invalidez del accionante el 3 de junio de 2013, día en que fue elaborado el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante. Expedido el correspondiente acto administrativo que reconozca la pensión del señor Solano Araque, COLPENSIONES dispondrá de un plazo máximo de diez (10) días para proceder a su inclusión en nómina y pago de la respectiva pensión.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas del señor Álvaro Solano Araque.

Segundo.- ORDENAR a COLPENSIONES, que en el término de cuarenta y ocho (horas) siguientes a la notificación de la presente sentencia, reconozca al señor Álvaro Solano Araque la pensión de invalidez, atendiendo para ello, los criterios jurídicos aquí expuestos, en especial, el que fija como fecha de estructuración de invalidez del accionante el 3 de junio de 2013, día en que fue elaborado el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante.

Expedido el correspondiente acto administrativo que reconozca la pensión del señor Solano Araque, COLPENSIONES dispondrá de un plazo máximo de diez (10) días para proceder a su inclusión en nómina y pago de la respectiva pensión.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] A folio 12 del cuaderno principal del expediente relativo a la Resolución GNR 183155 de julio 16 de 2013 expedida por COLPENSIONES, así como a folio 30, correspondiente al informe de calificación de pérdida de capacidad laboral elaborado igualmente por COLPENSIONES, confirma que la fecha de nacimiento del señor Solano Araque es julio 29 de 1957.

[2] De acuerdo a la información contenida en las resoluciones expedidas por COLPENSIONES, se observa que el accionante ha tenido tres empleadores a lo largo de su vida laboral: (i) Ayuda Profesional Ltda.; (ii) Mercadefam Ltda.; y, (iii) Grandes Superficies de Colombia S.A. De esta manera, al hacerse una simple suma aritmética de los tiempos laborados y cotizados por el accionante, se observa que entre el 6 de julio de 1990 y el 31 de julio de 2012, acumula un total de 7875 días, lo que equivale a 1125 semanas cotizadas. Sin embargo, de la lectura de la resolución No. GNR 183155 de julio 16 de 2013 proferida por COLPENSIONES, se afirma que los días laborados suman tan solo 1123.59, correspondiendo apenas a 160.51 semanas. Posteriormente, en la resolución No. GNR 15576 de enero 17 de 2014, por la cual COLPENSIONES resuelve el recurso de reposición interpuesto por el accionante, considera que tras revisar el caso del señor Solano Araque,

afirma que tiene acreditados CERO (0) días laborados, o lo que es lo mismo CERO (0) semanas cotizadas.

[3] A folios 22 y 23 en respectivas hojas de evolución médica de Álvaro Solano Araque, con fecha 7 de diciembre de 2011, la hermana refiere episodios convulsivos desde hace 2 años caracterizado por crisis TCG auto limitadas.

[4] En efecto en los folios 19 a 32, entre los que se incluye el examen de calificación de pérdida de capacidad laboral realizado al señor Solano Araque, obran igualmente varios documentos contentivos de su historia clínica. En estos se constata en dos oportunidades (fs. 21 y 23) lo dicho por el accionante, en el sentido de que el día 24 de junio de 2011 tuvo un incidente en el que se cayó desde su propia altura, luego de lo cual no ha podido recuperar la normalidad en su movilidad, pues por el contrario, ha tenido recurrentes caídas y una creciente restricción en su movilidad, con poca posibilidad de recuperación a corto plazo (fl. 21). Se aclara igualmente, que el señor Solano Araque presenta dolores musculares a la palpación, tanto en miembros superiores como inferiores, sin que se aprecie atrofia muscular. En otro de los apartes de la historia clínica, se señala igualmente, que el accionante es una persona sordo muda que recibió educación especial (fl 22); que presenta de todos modos dificultades en el aprendizaje. De igual manera, se diagnostica que desde aproximadamente el año 2009 viene padeciendo episodios de convulsiones, por lo que se le ha diagnosticado una epilepsia focal tardía de etiología desconocida (fl. 29), patología por la cual ha venido siendo tratado de manera permanente desde ese momento.

[5] Ver entre otras, las sentencias T-711 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-651 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-625 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-556 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-406 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[6] Artículo 86. Constitución Política. “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”.

[7] Sentencia T-100 del 9 de marzo de 1994 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[8] Sentencia T-726 de 2007, M.P. Catalina Botero Marino

[9] Sentencia T-489 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[10] Sentencias T-043 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-108 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[11] En la sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, se estableció que en estos casos es necesario tener en cuenta tanto las características globales del grupo, es decir, los elementos que convierte a estos sujetos en titulares de esa garantía privilegiada, como las circunstancias particulares de los individuos que lo componen. Ver igualmente, las sentencias T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-515A de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[12] Sentencia T-378 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver igualmente las sentencias T-456 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, T-086 de febrero de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-427 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa

[13] En la sentencia T-1316 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, se sintetizó la regla jurisprudencial reiterada por la Corte a partir del análisis efectuado en la sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, que en su momento estudió minuciosamente los elementos que integran las condiciones propias del perjuicio irremediable.

[14] Sentencia T-789 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[15] Ver consideración No. 29 del Auto A-110 de 2013.

[16] De conformidad con el artículo 66 del Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud.

[17] Sentencia SU-975 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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

[19] Cfr., entre muchas otras, las sentencias T-1128 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-271 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

[20] En sentencia T-653 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo sobre el particular lo siguiente: “Cuando la pensión de invalidez adquiere relevancia constitucional por su relación directa con la protección de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la integridad física, al trabajo o la igualdad,[20] su reconocimiento y pago sí pueden ser reclamados mediante el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.[20]// Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.” (Énfasis agregado).

[21] Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012

“ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. 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. // El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la junta regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la junta nacional (...)."

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

[23] Casación del 17 de agosto de 1954, citada en Código Sustantivo del Trabajo, Jorge Ortega Torres, editorial Temis, 1956.

[24] El artículo 3 de Decreto 917 de 1999 al definir la fecha de estructuración señala: "Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la

historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

[25] Artículo 2 del Decreto 917 de 1999 “Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptanse las siguientes definiciones:

a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

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

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

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

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

[27] Sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

[28] Sentencia T-671 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto En el mismo sentido, se pueden revisar las sentencias T-420 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, y T-432 de 2011

M.P. Mauricio González Cuervo. La Sala de Revisión debe aclarar que aunque la regla citada incluye a las personas que padecen enfermedades congénitas, la Corte Constitucional no había tenido la oportunidad de resolver un caso en el que la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez hubiera sido presentada por una persona que padece una enfermedad de este tipo.

[29] Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

[30] Ver sentencias T-699^a de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-710 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-509 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, T-561 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-163 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa, T-268 de 2001 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-421 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-885 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa, T-209 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa, T-485 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-556 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-811 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-508 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-627 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

[31] Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

[32] La página electrónica <http://espanol.ninds.nih.gov/trastornos/ataxias.htm>, fue consultada el día 29 de abril de 2015 a las 14:45 pm.

[33] La información obtenida de la página electrónica de NIH fue revisada y/o actualizada el 14 de febrero de 2014.

[34] Sentencia T-041 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.