

Sentencia T-308/16

PENSION DE INVALIDEZ-Régimen legal aplicable

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulnera el derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez cuando, tratándose de enfermedades catalogadas como degenerativas, congénitas o crónicas, las juntas de calificación competentes no examinan con especial cuidado el momento exacto en que se genera la incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado, imponiendo como fecha de estructuración el día del nacimiento o una fecha cercana a éste.

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

Frente a una solicitud pensional de invalidez presentada por personas diagnosticadas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas y calificadas con el 50% o más de pérdida de capacidad laboral, los fondos de pensiones deben tener en cuenta las siguientes reglas: (i) cuando la junta de calificación de invalidez determine que la pérdida de la capacidad laboral coincide con la fecha de nacimiento del interesado, o una fecha cercana, los fondos de pensiones deben verificar si la persona mantuvo una capacidad residual que le permitió cotizar al sistema de seguridad social en pensiones; (ii) de ser así, todas las semanas cotizadas deben ser tenidas en cuenta para reconocer la prestación; y, en consecuencia, (iii) la fecha de estructuración de la invalidez que reemplaza a la definida por la junta de calificación será aquella que coincida con la última cotización al sistema del petitionario, porque se presume que fue allí cuando su padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de

sustento económico; sin perjuicio de lo anterior, la fecha de estructuración de la invalidez también podría ser la misma en la cual se calificó la invalidez o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, dependiendo del caso concreto.

PENSION DE INVALIDEZ Y MINIMO VITAL-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: expediente T-5.392.788

Acción de tutela instaurada por Jairo Morera Cuenca contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La demanda de tutela[1]

1. El señor Jairo Morera Cuenca interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad y a la vida digna, con ocasión de la decisión adoptada por Porvenir S.A. al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por él solicitada, argumentando que para la fecha de estructuración de la invalidez (25 de abril de 1981, mismo día de su nacimiento) no se encontraba afiliado al sistema de seguridad social y porque no contaba con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad.

2. El ciudadano Jairo Morera Cuenca nació el 25 de abril de 1981, actualmente tiene 35 años de edad[2]. Desde su nacimiento, fue diagnosticado con una serie de enfermedades, algunas de ellas crónicas, degenerativas o congénitas, denominadas: distrofia muscular, atrofia Espinal Tipo II en estado avanzado[3] que es un trastorno hereditario que pueden aparecer en cualquier etapa de la vida, generando debilidad y atrofia muscular progresiva[4], deformidad severa del tórax y de la columna toracolumbar, hipertensión pulmonar, enfermedad pulmonar crónica restrictiva, arritmia supraventricular por hipoxia[5], síndrome de Klinefelter[6], paladar hendido, anquilosis de rodillas y “esquilosis” de hombros derecho e izquierdo[7].

3. Del 24 de junio de 1991 al 22 de abril de 1999, el demandante fue beneficiario de la pensión de invalidez reconocida a su padre[8], quien falleció[9]. La calidad de beneficiario de la pensión fue en virtud de su condición de hijo menor de edad, en esa oportunidad fue considerada la posibilidad de otorgarle el sustituto pensional como hijo en condición de discapacidad pero un dictamen médico determinó que “el niño no presenta[ba] invalidez en este momento”. De esta manera, una vez cumplió la mayoría de edad cesaron los derechos como beneficiario de dicha pensión de sobrevivientes[10].

4. A partir del mes de abril del año 2005, Jairo Morera Cuenca empezó a realizar cotizaciones a pensiones en el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., en principio como trabajador dependiente[11] y posteriormente como trabajador independiente, para completar un total de 365 semanas cotizadas, con última fecha de cotización en el mes de septiembre de 2014. La profesión que ejercía, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral era la de ingeniero de sistemas[12].

Acorde con el relato del apoderado del señor Morera Cuenca, “debido a sus quebrantos de salud causados por la enfermedad diagnosticada se encuentra imposibilitado para realizar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social a partir de un trabajo estable y asimismo no cuenta con los medios económicos que le permitan costear de forma independiente el pago de aportes al Sistema General de Pensiones”[13].

5. El 31 de julio de 2014 la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila calificó al accionante con el 72,75% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el día de su nacimiento, es decir, el 25 de abril de 1981[14]. La enfermedad que motivó la

calificación fue “distrofia muscular”, enfermedad genética hereditaria que se caracteriza principalmente por el debilitamiento muscular progresivo y la pérdida de masa muscular[15].

6. Una vez calificado, el accionante solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez[16]. En respuesta, el 12 de junio de 2015 Porvenir S.A. le comunicó al señor Jairo Morera Cuenca que no tenía derecho a la pensión de invalidez porque “la fecha de estructuración de su estado de invalidez, determinado por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila, correspondió al 25 de abril de 1981, época para la cual usted no se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como tampoco a esta sociedad administradora.” Por otra parte, le informó que podría acceder a la devolución de saldos existentes en la cuenta individual de ahorro pensional o continuar cotizando para obtener una pensión de vejez[17].

7. El demandante considera que si bien cuenta con el proceso ordinario laboral para solicitar el reconocimiento pensional, esa vía resulta inocua teniendo en cuenta que actualmente no cuenta con un ingreso mensual habitual con el cual garantizar sus necesidades básicas, lo cual pone en riesgo su mínimo vital, así como su derecho a la salud, a la vida digna y a la seguridad social. A su juicio, la intervención del juez de tutela es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[18].

8. En virtud de lo anterior, el señor Jairo Morera Cuenca interpuso acción de tutela solicitando el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

Respuesta de la entidad accionada

9. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicitó no tutelar los derechos invocados por el señor Jairo Morera Cuenca. Aclaró que la pensión de invalidez fue negada con fundamento en dos razones. En primer lugar, porque no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, específicamente, el presupuesto de cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. En segundo lugar, porque para la fecha de estructuración de su invalidez, misma fecha de su nacimiento, no se encontraba afiliado al sistema general de pensiones, lo cual a la luz del artículo 41 del

Decreto 1406 de 1999 hace insostenible el reconocimiento pensional.

Adicionalmente, le reiteró al actor la posibilidad de acceder a la devolución de saldos - artículo 72 de la Ley 100 de 1993-.

Sentencias de tutela objeto de revisión

10. Fallo de primera instancia[19]: mediante sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva – Huila, el 24 de septiembre de 2015, el juez de primera instancia declaró improcedente el amparo como consecuencia del incumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, el juzgado consideró:

“En consecuencia, si aplicamos la jurisprudencia y la conclusión a la que se llega de la misma al caso concreto, tenemos que el accionante alega como pretensión el reconocimiento de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, seguridad social y vida digna, los que vienen siendo vulnerados a su sentir por la entidad demandada AFP Porvenir, desde el 22 de abril de 1999, fecha en que la alcaldía de Neiva, a través de la entonces denominada secretaria de servicios administrativos, mediante resolución 197, decidió cesar el pago de la pensión de sobreviviente a favor del señor Jairo Morera Cuenca, o en el mejor de los casos, a partir del 31 de junio de 2014, fecha en que le fue notificada por la junta regional de calificación de invalidez del Huila, la pérdida de su capacidad laboral en un 72.75%”.

A juicio del juez de instancia, en ninguna de las dos hipótesis es procedente la acción de tutela. En el primer caso desde que se presentó la presunta vulneración -año 1999- hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, han transcurrido 16 años. En la segunda hipótesis, desde que fue calificado con un 72.75% de pérdida de capacidad laboral -junio de 2014- hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, “ha pasado un tiempo más que prudencial, sin que se haya justificado causa alguna para el no ejercicio de la acción durante ese lapso”.

11. Impugnación[20]: El señor Jairo Morera Cuenca, a través de apoderado judicial, impugnó la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva – Huila, argumentado que la fecha en que se produjo la afectación de sus derechos fundamentales fue el 14 de junio de 2014, día en el cual la Junta Regional de

Calificación de Invalidez del Huila determinó que su pérdida de capacidad laboral era del 72.75% con fecha de estructuración desde su nacimiento. Respecto de la tardanza para interponer la acción de tutela -15 meses- expuso que la conducta continúa vulnerando sus derechos fundamentales, generando una afectación actual y sucesiva.

12. Fallo de segunda instancia[21]: mediante sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, el 03 de noviembre de 2015, el juez de segunda instancia confirmó el fallo emitido por el juzgado de primera instancia.

Consideró que aún si la acción de tutela cumpliera con el requisito de inmediatez, no era procedente el amparo ante la ausencia del presupuesto de subsidiariedad, teniendo en cuenta que: (i) no se trata de una persona de la tercera edad, es un joven de 34 años; (ii) si bien tiene una pérdida de capacidad laboral del 72.75% “no se advierte como ello ha afectado su mínimo vital cuando el accionante ha logrado laborar y ha podido satisfacer sus necesidades básicas”; y (iii) el actor no realizó alguna actividad procesal para obtener el reconocimiento de la pensión pretendida, debiendo acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

Adicionalmente afirmó que Porvenir S.A., con su pronunciamiento, no afectó derechos fundamentales del actor, puesto que él cuenta con una mera expectativa de pensión, de esta manera, la negativa de la entidad no es la causa de “sus eventuales dificultades económicas”.

Actuación adelantada en la Corte Constitucional

13. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado ponente consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello, ordenó:

Primero.- Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE al señor Jairo Morera Cuenca para que dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe: (i) ¿Cuáles han sido los cargos, funciones, tareas o responsabilidades que ha desempeñado acorde con su capacidad residual para laborar?; (ii) ¿Cuál es su situación actual de ingresos y egresos económicos?; y (iii) ¿Cuáles son las actuaciones administrativas o judiciales adelantadas en contra de los actos administrativos

emitidos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila y por Porvenir S.A.? Si no inició acción alguna, ¿Por qué no lo hizo? Para tal efecto, podrá adjuntar las pruebas documentales que considere pertinentes.

Segundo.- Por Secretaría General de esta Corporación, OFÍCIESE al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe: (i) ¿Cuáles fueron las razones que sustentaron la negativa del reconocimiento pensional? Adjuntar copia del acto administrativo correspondiente; (ii) ¿Cuál fue la fecha de notificación personal del acto administrativo a través del cual le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al señor Jairo Morera Cuenca? Adjuntando copia del acto de notificación; y (iii) ¿Se le informó al señor Jairo Morera Cuenca si el acto administrativo a través del cual le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez podía ser objeto de recursos? Adjuntar copia de la resolución donde le informan al señor Jairo Morera Cuenca sobre la posibilidad de presentar recursos contra la decisión.

Tercero.- Por Secretaría General de esta Corporación, VINCÚLESE a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila a este proceso. Póngase en su conocimiento el contenido de la solicitud de tutela formulada por el señor Jairo Morera Cuenca, la respuesta emitida por Porvenir S.A., las pruebas aportadas por las partes en el proceso, las sentencias de instancia y el escrito de impugnación presentado por el accionante, para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, se pronuncie sobre los hechos y las pretensiones sometidos al conocimiento del juez constitucional. Para tal efecto, la Secretaría deberá remitir copia de la totalidad del expediente de tutela.

Cuarto.- De esta manera, INFÓRMESE a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila que tiene la facultad de aportar pruebas al proceso, contradecir los asuntos de hecho y de derecho presentados por el accionante y los demás argumentos que considere pertinentes, en su calidad de parte vinculada a la acción de tutela.

Quinto.- Adicionalmente, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, deberá informar: (i) ¿Cuáles fueron los criterios tenidos en cuenta al momento de

determinar que la fecha de estructuración de la invalidez del señor Jairo Morera Cuenca correspondía a la fecha de su nacimiento?; (ii) Cuando se determina que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral es la misma fecha de nacimiento del evaluado ¿tienen en cuenta el hecho de que el evaluado haya laborado? ¿El concepto de capacidad residual es tenido en cuenta por la Junta de Calificación al momento de decidir sobre la fecha de estructuración?

En respuesta a las pruebas requeridas se obtuvo la siguiente información:

13.1. El señor Jairo Morera Cuenca informó que pese a sus dificultades físicas para laborar, ejerció los siguientes trabajos:

(i) Desde abril de 2005 hasta julio de 2007 trabajó en la empresa Sertempo S.A. como trabajador en misión, bajo la modalidad de contrato por duración de obra o labor determinada, en el cargo de ingeniero de soporte, con funciones varias como soporte técnico, administración, actualización del sistema de información o software, entre otras.

(ii) Entre mayo de 2009 y enero de 2010 laboró en la empresa Potencial Humano Ltda. en misión, bajo la modalidad de contrato por duración de obra o labor determinada, en el cargo de ingeniero de sistemas, con funciones de soporte técnico, administración de bases de datos, mantenimiento y actualización del sistema de información o software, entre otras.

(iii) De marzo de 2010 a diciembre del mismo año cotizó de manera independiente como consecuencia del contrato de prestación de servicios firmado con la Gobernación del Huila con funciones de apoyo, gestión, fortalecimiento y evaluación de los componentes de la plataforma tecnológica informática de la Secretaría de Educación.

(iv) De mayo de 2011 a noviembre del mismo año trabajó en la Gobernación del Huila en el cargo de auxiliar administrativo, con funciones de recibo de correspondencia, elaboración y proyección de documentos, elaboración de informes, seguimiento de proyectos, entre otros.

Adicionalmente, relató las dificultades diarias que ha tenido que soportar en virtud de su enfermedad, dificultades que se incrementan al pasar los años, al punto que hoy en día no

puede laborar y, en consecuencia, no tiene ingresos económicos. Finalmente indicó que el 31 de julio de 2014 le fue notificada la decisión del Tribunal Médico de la Junta de Calificación Regional de Calificación de Invalidez y la última respuesta a su solicitud de pensión la recibió el 15 de junio de 2015 negándole el derecho.

13.2. Porvenir S.A. informó que la solicitud de pensión de invalidez fue rechazada (i) porque acorde con el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 la cobertura por riesgos de vejez, invalidez y muerte se hace efectiva con posterioridad al diligenciamiento del formulario de afiliación y para el 21 de abril de 1981 el señor Jairo Morera Cuenca no se encontraba afiliado al sistema general de pensiones como tampoco a Porvenir S.A.; y (ii) teniendo en cuenta el incumplimiento de las semanas de cotización requeridas para obtener la pensión de invalidez.

Adicionalmente, manifestó que el 18 de junio de 2015 notificó al accionante la comunicación donde se le informaba el rechazo de la pensión de invalidez y teniendo en cuenta que Porvenir S.A. no es una entidad de naturaleza pública sus decisiones no son actos administrativos susceptibles de recursos por vía gubernativa.

13.3. Por su parte, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Huila no se pronunció sobre lo solicitado.

II. FUNDAMENTOS

Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[22].

Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia en el caso concreto:

Legitimación por activa

14. El accionante, Jairo Morera Cuenca, presentó acción de tutela mediante apoderado judicial, para ello, adjuntó el correspondiente poder para actuar (folio 13), en cumplimiento del artículo 86 de la Carta Política[23].

Legitimación por pasiva

15. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., demandada en el proceso, es una entidad privada con personería jurídica, prestadora del servicio público de seguridad social en pensiones y agente del sistema general de pensiones en virtud del artículo 59 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, la Junta Regional de Calificación del Huila, vinculada en sede de tutela, es un organismo del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscrita al Ministerio del Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro[24]. De esta manera, las dos entidades son susceptibles de demanda de tutela (C.P., art. 86; D. 2591/91, arts. 5º y 42).

Inmediatez

16. El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva – Huila, juez de primera instancia, tomó en consideración dos fechas como posibles momentos en los cuales se pudo configurar la conducta alegada como vulneradora. La primera fecha expuesta por el juez fue “el 22 de abril de 1999, fecha en que la alcaldía de Neiva, (...) decidió cesar el pago de la pensión de sobreviviente a favor del señor Jairo Morera Cuenca”. La segunda fecha fue la del “31 de junio de 2014, fecha en que le fue notificada por la junta regional de calificación de invalidez del Huila, la pérdida de su capacidad laboral en un 72.75%”. A juicio del juez, sin necesidad de determinar en cuál de los dos momentos se pudo haber configurado la vulneración de los derechos alegados por el accionante, la acción de tutela era improcedente como consecuencia del incumplimiento del requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que en la primera hipótesis habían transcurrido más de 16 años y, en la segunda, un tiempo más que prudencial.

La Sala Tercera de Revisión considerada que, no obstante en la impugnación el apoderado del actor refirió como conducta causante de la vulneración el dictamen de la Junta Regional de Calificación del Huila del 31 de julio de 2014, la afectación concreta del derecho pensional del señor Jairo Morera Cuenca se materializó en el acto administrativo del 12 de junio de 2015 proferido por Porvenir S.A., en el cual le informa al señor Jairo Morera Cuenca la decisión de no reconocerle la pensión de invalidez solicitada. Tan es así, que la acción de tutela no está dirigida contra la Junta Regional de Calificación del Huila y no pretende que se ordene una nueva calificación, la demanda es clara en solicitar el reconocimiento y pago

de la pensión de invalidez que fue negada por Porvenir S.A.

Teniendo en cuenta lo anterior y que la acción de tutela fue presentada el 10 de septiembre de 2015, es decir, 3 meses después de adoptada la decisión de parte de Porvenir S.A., la Sala considera procedente la acción de tutela objeto de estudio.

Subsidiariedad

17. El artículo 86 de la Constitución dispone que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Sin embargo, “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”.

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prescribe que la procedencia de la acción de tutela deberá ser apreciada en concreto, considerando (a) su eficacia y (b) las circunstancias del accionante[25].

Recientemente, en la Sentencia SU-355 de 2015, la Corte Constitucional unificó su jurisprudencia respecto del principio de subsidiariedad, en este pronunciamiento la Corte concluyó que este requisito hace referencia a dos reglas: (i) regla de exclusión de procedencia y (ii) regla de procedencia transitoria.

En síntesis, (i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces donde resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez es necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones.

El Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, juez de segunda instancia en el trámite de tutela, consideró que no era procedente el amparo por ausencia del presupuesto de subsidiariedad, teniendo en cuenta que (i) no se trataba de una persona de la tercera edad; (ii) no se demostraba de qué manera su pérdida de capacidad laboral afecta su mínimo vital; y (iii) porque el actor no realizó alguna actividad procesal para obtener el reconocimiento de la pensión pretendida, debiendo acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

A juicio de la Sala, los anteriores argumentos no son constitucionalmente admisibles. En primer lugar, la procedencia de la acción de tutela no está supeditada a que los accionantes estén en el rango de edad de una persona de la tercera edad, en este caso, la procedencia se determina en consideración a la protección constitucional de la que goza el accionante al encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 C.P.) luego de ser calificado con una pérdida de capacidad laboral del 72,65%.

En segundo lugar, es evidente la relación entre la calificación de pérdida de capacidad para laborar en un porcentaje del 72,65% y la imposibilidad de continuar trabajando, no entiende la Sala como el juez de instancia considera que no se afecta el mínimo vital de una persona que dependiendo únicamente de sus ingresos laborales no puede seguir trabajando como consecuencia de una invalidez.

En tercer lugar, en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha establecido que el proceso ordinario laboral no es un mecanismo eficaz para resolver controversias de personas que padecen alguna enfermedad crónica, degenerativa o congénita, calificadas con pérdida de capacidad para laborar de más del 50%, y con evidente afectación de su mínimo vital[26]. En este asunto, el accionante ha sido calificado con más del 70% de pérdida de capacidad laboral, como consecuencia de una serie de enfermedades, algunas de ellas crónicas, degenerativas o congénitas, a saber: distrofia muscular[27], atrofia Espinal Tipo II en estado avanzado[28] que es un trastorno hereditario que pueden aparecer en cualquier etapa de la vida, generando debilidad y atrofia muscular progresiva[29], deformidad severa del tórax y de la columna toracolumbar, hipertensión pulmonar, enfermedad pulmonar crónica restrictiva, arritmia supraventricular por hipoxia[30], síndrome de Klinefelter[31], paladar hendido, anquilosis de rodillas y “esquilosis” de hombros derecho e izquierdo[32]. Adicionalmente, el señor Jairo Morera Cuenca no cuenta

con un ingreso económico mensual para su sostenimiento como consecuencia de su condición de discapacidad física para laborar, lo cual genera inevitablemente afectación a su mínimo vital.

Por todo lo anterior, la Sala considera procedente la acción de tutela puesta a su consideración.

Problema jurídico a resolver y método de la decisión

Para resolver el asunto planteado la Sala se referirá en primer lugar a la normatividad que regula el reconocimiento de la pensión de invalidez. En segundo lugar, a las reglas jurisprudenciales establecidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a efectos de garantizar el acceso de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas a la pensión de invalidez. Finalmente, se abordará el caso concreto.

La pensión de invalidez, la normatividad aplicable y la interpretación constitucional

19. La pensión de invalidez está regulada en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Según la norma, para su reconocimiento se requiere que el solicitante acredite: (i) una pérdida de la capacidad laboral del 50% o más y (ii) 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez[33]. Es la junta de calificación de la invalidez[34], la encargada de realizar las dos evaluaciones, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la misma.

Desde aquí se descarta la exigencia de cualquier otro requisito adicional para acceder al reconocimiento pensional, como sería, exigir que a la fecha de estructuración de la invalidez el usuario se encontrara afiliado al fondo de pensiones obligado a responder por dicha prestación[35].

Respecto de la fecha de estructuración de la invalidez, el artículo 3º del Decreto 917 de 1999[36] establece que debe corresponder al momento de la pérdida de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva[37].

Entonces, en condiciones normales, resulta sencillo avalar el cumplimiento de los requisitos

para pensionarse por invalidez, solo basta con verificar si en la calificación realizada por la junta el porcentaje de invalidez es igual o superior al 50% y que el solicitante haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores de la fecha de estructuración -fecha establecida por la junta de calificación correspondiente-, entendiendo que después de la fecha de estructuración sería imposible exigir cotizaciones puesto que el afiliado ha perdido su capacidad para laborar.

20. Sin embargo, la Corte Constitucional ha identificado casos que no se acoplan totalmente con la interpretación legal, se trata del reconocimiento de pensiones para personas calificadas con fecha de estructuración de la invalidez el día de su nacimiento o una fecha cercana al mismo, como consecuencia de padecer enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas[38].

Al analizar estos asuntos, este tribunal ha considerado que determinar como fecha de estructuración de la invalidez la fecha de nacimiento o una cercana a este, genera una imposibilidad fáctica para que estas personas accedan a la pensión de invalidez -es imposible cotizar antes de nacer o en una fecha cerca al nacimiento-, lo cual desconoce varios principios guías del Sistema Integral de la Seguridad Social, a saber: (i) el principio de universalidad[39]; (ii) el principio de solidaridad[40]; (iii) el principio de integralidad[41]; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe de aquellos afiliados que padecen de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, y que han seguido trabajando y cotizando con la expectativa de quedar protegidos ante un mayor riesgo de invalidez o muerte[42].

Por lo anterior, reiteradamente la Corte Constitucional ha considerado que aplicar la interpretación legal a estos asuntos, “restaría valor a los mandatos constitucionales de prohibición de discriminación, a la protección especial de las personas [en condición de discapacidad], así como al principio de igualdad” entendiendo que en vigencia de la legislación actual no existe la posibilidad de que personas a quienes se les estructure su fecha de invalidez desde el nacimiento, logren pensionarse en virtud de su calificación de pérdida de capacidad laboral. Al respecto, esta corporación ha sido enfática en señalar que:

“aceptar la interpretación formulada por la accionada, significaría admitir que las

personas [en condición de discapacidad desde su nacimiento], por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud les haga imposible seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas”[43]

La Corte ha conocido de estos asuntos por dos vías: (i) cuando se demanda a la junta de calificación al establecer la fecha de estructuración de la invalidez sin tener en cuenta la capacidad laboral residual de las personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas; y (ii) cuando se demanda al fondo de pensiones, el cual, en virtud de dicha fecha de estructuración, resuelve que la persona no cuenta con las 50 semanas requeridas.

21. En el primer supuesto[44], la jurisprudencia de la Corte Constitucional[45] ha considerado que se vulnera el derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez cuando, tratándose de enfermedades catalogadas como degenerativas, congénitas o crónicas, las juntas de calificación competentes no examinan con especial cuidado el momento exacto en que se genera la incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado[46], imponiendo como fecha de estructuración el día del nacimiento o una fecha cercana a éste. A juicio de la Corte:

“El problema iusfundamental relevante surge cuando el dictamen técnico elaborado por la entidad competente, no corresponde a la situación médica real de la persona. Esta situación se presenta cuando la tarea de experticia técnica que corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez o a las demás entidades que señala la ley, establecen una fecha de estructuración en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional y por tanto sigue aportando al sistema. Tal evento cubre a las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas.”[47]

22. Al margen de lo anterior, sucede con frecuencia que las personas una vez calificadas con un 50% o más de pérdida de capacidad laboral y con fecha de estructuración de invalidez desde su nacimiento, no acuden directamente al juez de tutela sino que se dirigen al fondo de pensiones solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual consideran tienen derecho[48].

En estos eventos, se configura el segundo supuesto, sobre el cual la Corte ha considerado que no es racional ni razonable[49] que el fondo de pensiones niegue el derecho pensional a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, tomando como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el día de nacimiento o en una fecha cercana en la cual la persona fácticamente no podía cotizar, desconociendo todas las semanas que la persona cotizó cuando empezó su vida laboral y en uso de la capacidad laboral con la cual contó a pesar de su limitación. De esta manera, la Corte Constitucional ha establecido unas reglas reiteradas y pacíficas que deben ser tenidas en cuenta por los fondos de pensiones al momento de estudiar la solicitud de pensión de invalidez y que de no hacerlo conllevaría el desconocimiento de los derechos fundamentales de personas de especial protección constitucional, a saber:

22.1. Cuando la solicitud pensional proviene de personas calificadas con un porcentaje mayor o igual al 50%, diagnosticadas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas[50], el fondo de pensiones no puede limitar su decisión al cómputo mecánico de 50 semanas cotizadas tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Pese a contar con una calificación emitida por la junta correspondiente, en la cual se establece una fecha de estructuración determinada, el fondo de pensiones debe tener especial consideración al momento de evaluar las solicitudes de personas diagnosticadas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, teniendo en cuenta que sus efectos se manifiestan de manera más grave con el tiempo, de tal forma que la fuerza de trabajo va menguándose de manera paulatina, lo que conlleva, en ocasiones, a que la fecha de estructuración determinada por la junta de calificación de invalidez no coincida con el momento exacto en que el afiliado perdió de manera definitiva y permanente su capacidad para laborar.

22.2. En estos casos, cuando existan cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración, el fondo de pensiones debe verificar que dichos pagos provengan de la capacidad residual del solicitante para ejercer una actividad que le permitiera garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas[51]. Este requisito se exige con el fin de descartar una posible defraudación al sistema de seguridad social en pensiones[52]. En estos términos, el fondo de pensiones debe analizar si los aportes se realizaron con el único fin de acumular apenas las semanas legalmente requeridas para obtener el reconocimiento prestacional -50- o si dichas cotizaciones fueron en virtud de la capacidad laboral residual.

22.3. Una vez el fondo de pensiones verifica que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa y que la fecha de estructuración no coincide con la realidad fáctica del momento en el cual el petitionerio perdió de manera permanente y definitiva su capacidad laboral -acorde con las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración-, el fondo de pensiones deberá tener en cuenta la fecha de la última cotización efectuada por el afiliado para, a partir de allí, contabilizar si cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a dicha fecha. En este caso, se aplica una especie de excepción de inconstitucionalidad a la regla legal que fija como referente la fecha de estructuración[53].

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que ni el juez constitucional ni el fondo de pensiones podrían alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes, por lo tanto, para determinar el momento de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de manera permanente y definitiva las Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de invalidez[54] o la fecha de la última cotización efectuada[55] porque se presume que fue allí cuando su padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico[56] o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional[57].

Caso concreto

23. Recuerda la Sala que Porvenir S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada basándose en dos argumentos: (i) para la fecha de estructuración de la invalidez, fijada por la junta de calificación, el accionante no estaba afiliado al sistema general de pensiones, lo cual a la luz del artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 hace insostenible el reconocimiento pensional y (ii) teniendo en cuenta que el señor Morera Cuenca no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, específicamente, el presupuesto de cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

24. Respecto de la necesidad de que el accionante haya estado afiliado al sistema de seguridad pensional a la fecha de estructuración de la invalidez, como requisito

indispensable para el reconocimiento de la pensión de invalidez, la Corte considera equivocada la interpretación que Porvenir S.A. ofrece, considerando:

En primer lugar, los únicos requisitos exigibles para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez son los contemplados en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, norma que no contempla afiliación del solicitante al fondo de pensiones para la fecha en que se estructuró la invalidez[58].

En segundo lugar, el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 se refiere a la efectividad de la afiliación en los siguientes términos: “El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes.” A juicio de la Corte, la norma únicamente se refiere a la fecha a partir de la cual surge para el fondo la obligación de cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, es decir, una persona no podría solicitar al fondo de pensiones el reconocimiento y pago de una prestación, sino a partir del día siguiente de la afiliación, de hacer la solicitud en una fecha anterior, el fondo tendría la facultad de negarla en virtud de esta norma -considerando que aún no se ha hecho efectiva la afiliación-. En estos términos, la norma no autoriza al fondo de pensiones para negar la pensión de invalidez con el argumento de que a la fecha de estructuración de la invalidez no estaba vigente la afiliación del solicitante.

En tercer lugar, y sólo para reforzar la impertinencia del argumento de la accionada, para el momento en que el señor Jairo Morera Cuenca perdió de manera definitiva y permanente su capacidad para laborar, en los términos expuestos en las consideraciones, sí estaba vigente el vínculo entre el accionante y Porvenir S.A., pues al momento de afiliarse al sistema general de pensiones, el accionante aún conservaba su capacidad laboral[59].

25. Resuelto lo anterior, teniendo en cuenta la situación fáctica planteada y las consideraciones expuestas, la Sala Tercera de Revisión aplicará las reglas jurisprudenciales sintetizadas en el numeral 22. de esta providencia, para determinar si le asiste o no el derecho pensional al señor Jairo Morera Cuenca.

25.1. La solicitud proviene de una persona calificada con más del 50% del PCL,

diagnosticada con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas.

Está probado en el proceso que el peticionario es una persona de 35 años calificado con un 72,65%, quien padece de una serie de enfermedades, algunas de ellas crónicas, degenerativas o congénitas, a saber: “Atrofia Espinal Tipo II en estado avanzado”[60], que es un trastorno hereditario que puede aparecer en cualquier etapa de la vida, generando debilidad y atrofia muscular progresiva[61], deformidad severa del tórax y de la columna toracolumbar, hipertensión pulmonar, enfermedad pulmonar crónica restrictiva, arritmia supraventricular por hipoxia[62], síndrome de Klinefelter[63], paladar hendido, anquilosis de rodillas, “esquilosis” de hombros derecho e izquierdo[64]. Adicionalmente, en el dictamen de pérdida de capacidad laboral el diagnóstico motivo de la calificación fue “distrofia muscular”, enfermedad genética hereditaria que se caracteriza principalmente por el debilitamiento muscular progresivo y la pérdida de masa muscular[65]. En tal virtud, encuentra la Sala cumplido este requisito.

25.2. Las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, fueron consecuencia de la capacidad residual del señor Jairo Morera Cuenca para ejercer una actividad que le permitía garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas.

Pese al diagnóstico prematuro de sus enfermedades, el accionante logró comenzar a laborar como ingeniero de sistemas en el año 2005, cuando tenía 24 años de edad. A partir de la fecha, ejerció los siguientes trabajos:

(i) Desde abril de 2005 hasta julio de 2007 en la empresa Sertempo S.A. como trabajador en misión, bajo la modalidad de contrato por duración de obra o labor determinada, en el cargo de ingeniero de soporte, con funciones varias como soporte técnico, administración, actualización del sistema de información o software, entre otras.

(ii) Entre mayo de 2009 y enero de 2010 laboró en la empresa Potencial Humano Ltda. bajo la modalidad de contrato por duración de obra o labor determinada, en el cargo de ingeniero de sistemas, con funciones de soporte técnico, administración de bases de datos, mantenimiento y actualización del sistema de información o software.

(iii) De marzo de 2010 a diciembre de 2010 cotizó de manera independiente como consecuencia del contrato de prestación de servicios firmado con la Gobernación del Huila

con funciones de apoyo, gestión, fortalecimiento y evaluación de los componentes de la plataforma tecnológica informática de la Secretaría de Educación.

(iv) De mayo de 2011 a noviembre del mismo año trabajó en la Gobernación del Huila en el cargo de auxiliar administrativo, con funciones de recibo de correspondencia, elaboración y proyección de documentos, elaboración de informes, seguimiento de proyectos, entre otros.

(v) A partir del año 2012, cotizó como independiente, hasta que sus capacidades físicas le permitieron laborar.

Para la Sala, es evidente que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones no se realizaron con el único fin de acumular apenas las semanas legalmente requeridas para obtener el reconocimiento prestacional, teniendo en cuenta que antes de la fecha de calificación de la enfermedad -31 de julio de 2014- el afiliado contaba con más de 360 semanas cotizadas[66]. Adicionalmente, acorde con los cargos ejercidos por el accionante, considera la Sala que dichas cotizaciones fueron realizadas en virtud de su capacidad laboral residual. En consecuencia, se cumple con este presupuesto.

25.3. Porvenir S.A. debió contabilizar las 50 semanas legalmente exigidas teniendo en cuenta la fecha en que el accionante hizo la última cotización al sistema general de pensiones.

Se reitera que no es razonable fijar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de una persona que sufre una enfermedad congénita el día de nacimiento o en una fecha posterior cercana en la cual la persona fácticamente no podía cotizar, desconociendo todas las semanas que la persona cotizó cuando empezó su vida laboral y en uso de la capacidad laboral residual con la cual contó a pesar de sus diagnósticos.

Acorde con lo expuesto, la Sala tendrá en cuenta la fecha de la última cotización al fondo de pensiones Porvenir S.A. (septiembre de 2014), como punto de referencia para contabilizar las 50 semanas que exige la legislación actual como requisito para acceder a la pensión de invalidez. De esta manera, conforme con la historial laboral consolidada que reposa en el expediente, dentro de los tres años anteriores al 31 de julio de 2014, el accionante cotizó 142 semanas aproximadamente, más del doble de las semanas exigidas.

III. CONCLUSIÓN

Decisión

26. En consecuencia, al encontrarse cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, el 03 de noviembre de 2015, que confirmó la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva - Huila, el 24 de septiembre de 2015, que declaró improcedente el amparo. En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jairo Morera Cuenca.

Razón de la decisión

Frente a una solicitud pensional de invalidez presentada por personas diagnosticadas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas y calificadas con el 50% o más de pérdida de capacidad laboral, los fondos de pensiones deben tener en cuenta las siguientes reglas: (i) cuando la junta de calificación de invalidez determine que la pérdida de la capacidad laboral coincide con la fecha de nacimiento del interesado, o una fecha cercana, los fondos de pensiones deben verificar si la persona mantuvo una capacidad residual que le permitió cotizar al sistema de seguridad social en pensiones; (ii) de ser así, todas las semanas cotizadas deben ser tenidas en cuenta para reconocer la prestación; y, en consecuencia, (iii) la fecha de estructuración de la invalidez que reemplaza a la definida por la junta de calificación será aquella que coincida con la última cotización al sistema del peticionario, porque se presume que fue allí cuando su padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico; sin perjuicio de lo anterior, la fecha de estructuración de la invalidez también podría ser la misma en la cual se calificó la invalidez o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, dependiendo del caso concreto.

IV. DECISIÓN

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva - Huila, el 03 de noviembre de 2015, que confirmó la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Neiva - Huila, el 24 de septiembre de 2015, que declaró improcedente el amparo. En su lugar, se TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jairo Morera Cuenca.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de diez (10) días calendario contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor Jairo Morera Cuenca la pensión de invalidez a partir de la fecha en que realizó la última cotización al sistema.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La acción de tutela fue interpuesta por el ciudadano Gabriel Orlando Realpe Benavides, actuando en condición de apoderado del señor Jairo Morera Cuenca. El poder reposa en el folio 13 del cuaderno No. 1. En adelante, siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno No. 1, salvo que se manifieste lo contrario.

[2] En los folios 31 y 32 reposa fotocopia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía, respectivamente.

[3] Dictamen médico emitido por el Dr. Luis Alberto Amaya Vargas, médico fisiatra, y dictamen médico del Dr. Francisco García, especialista en ortopedia.

[4] <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000382.htm>

[5] Dictamen médico emitido por el Dr. Rubén Darío Celis, medicina interna.

[6] Es una afección genética.
<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000382.htm>

[7] Dictamen médico del Dr. Francisco García, especialista en ortopedia.

[8] El 01 de junio de 1990 la Caja Municipal de Previsión Social de Neiva reconoció al señor Jairo Morera Lizcano una pensión de invalidez de \$309.671 mensuales. En los folios 20 al 22 reposa acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez. Ante el fallecimiento del titular de la pensión, el 100% de la sustitución de la misma fue reconocida a la señora Luz Marina Cuenca de Morera (esposa del causante 50%) y a sus hijos Jairo y María del Pilar Morera Cuenca (25% para cada uno), en los folios 27 al 30 reposa acto administrativo de sustitución pensional.

[9] El señor Jairo Morera Lizcano falleció el 02 de enero de 1991, en el folio 31 reposa el acta de defunción.

[10] El 22 de abril de 1999 mediante acto administrativo la Alcaldía de Neiva se resolvió cesar el pago de la pensión de sobreviviente a favor del joven Jairo Morera Cuenca y continuar con el pago de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Luz Marina

Cuenca de Morera (%50 de la pensión equivalente a \$911.238) y a favor de la joven María del Pilar Morera Cuenca (50% de la pensión equivalente a \$911.238)

[11] En la relación aportada al proceso se reporta que: (i) de abril de 2005 hasta julio de 2007 el empleador cotizante fue Sertempo Bogotá S.A.; (ii) de mayo de 2009 a enero de 2010 el empleador cotizante fue Potencial Humano Ltda.; (iii) de marzo de 2010 a diciembre de 2010 las cotizaciones las realizó como trabajador independiente; (iv) de mayo de 2011 a noviembre de 2011 el empleador cotizante fue el departamento del Huila; y (v) de enero de 2012 hasta septiembre de 2014 las cotizaciones las realizó como trabajador independiente. Ver folios 33 y 34.

[12] Ver folio 15.

[13] Ver folio 4.

[15]

<http://www.genagen.es/area-pacientes/informacion-genetica-y-enfermedades-hereditarias/enfermedades-geneticas-mas-frecuentes/distrofias-musculares-de-duchenne-y-becker/>

[16] En la contestación a la acciona de tutela Porvenir S.A. informó de la solicitud presentada por el accionante, ver folio 41.

[17] Ver folio 44.

[18] Menciona las sentencias de la Corte Constitucional T-427 de 2012 y T-022 de 2013.

[19] La sentencia reposa en los folios 51 al 55.

[20] Ver folios 56 al 62.

[21] La providencia reposa en los folios 5 al 12 del cuaderno No.2.

[22] En Auto del once (11) de marzo de 2016 la Sala de Selección de tutela Número Tres de la Corte Constitucional, dispuso la revisión de las providencias en cuestión y procedió a su reparto.

[23] Este artículo establece que toda persona que considere que sus derechos

fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre, es claro que la presente acción es procedente respecto de la legitimación por activa.

[24] Acorde con la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 1352 de 2013. Ver sentencia T-093/16 (M.P. Alejandro Linares Cantillo).

[25] En la sentencia T-414/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), esta Corporación aclaró “que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela (...)”, de lo contrario “se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.” Así las cosas, concluyó este Tribunal “que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata”. De esta manera, la idoneidad del medio judicial puede determinarse, según la Corte lo ha indicado, examinando el objeto de la opción judicial alternativa y el resultado previsible de acudir a ese otro medio de defensa judicial. Ver también la Sentencia T-580/06 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza).

[26] Ver sentencias T-163/11 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-427/12 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-789/14 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), T-408/15 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-512/15 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-717/15 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T-153/16 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

[27] Acorde con el dictamen de pérdida de capacidad laboral, ver folio 15.

[28] Dictamen médico emitido por el Dr. Luis Alberto Amaya Vargas, médico fisiatra, y dictamen médico del Dr. Francisco García, especialista en ortopedia.

[29] <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000382.htm>

[30] Dictamen médico emitido por el Dr. Rubén Darío Celis, medicina interna.

[31] Es una afección genética.
<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000382.htm>

[32] Dictamen médico del Dr. Francisco García, especialista en ortopedia.

[33] Condición declara exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-428 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[34] Ver artículos 41,42 y 43 de la Ley 100 de 1993.

[35] En la sentencia T-962/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) Porvenir S.A. utilizó como argumento para negar la pensión, que para la fecha de estructuración de la invalidez el accionante no estaba vinculado a esa entidad, al respecto, la Corte consideró que los únicos requisitos exigibles para acceder a dicha prestación eran los contenidos en la Ley 860 de 2003, aplicables al caso concreto. Una consideración diferente pero que refuerza la tesis de que este argumento no es de recibo para negar el reconocimiento y pago de la prestación pensional se expuso en la sentencia T-022/13 (M.P. María Victoria Calle Correa) en la cual la Corte consideró que el “sinistro” si se produjo en vigencia del vínculo entre las partes, pues al momento de afiliarse al sistema general de pensiones, la accionante aún conservaba su capacidad laboral.

[36] Si bien el artículo 6º del Decreto 1507 de 2014 derogó el Decreto 917 de 1999, la Sala tendrá en cuenta lo establecido en el Decreto 917 de 1999 por ser el que regía a la fecha de emitido el dictamen analizado en este fallo. La norma establece: “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.”

[37] Afirmación que corresponde con lo ha manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para quien una persona es inválida “... desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia.” Pronunciamento citado en la sentencia T-561/10 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) “Casación de 17 de agosto de 1954,

citada en Código Sustantivo del Trabajo, Jorge Ortega Torres, editorial Temis, 1956”.

[38] Ver sentencias T-163/11 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-427/12 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-789/14 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), T-408/15 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-512/15 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-717/15 (M.P. Alberto Rojas Ríos), T-153/16 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

[39] El cual busca garantizar el acceso al derecho a la seguridad social de quienes sufren alguna limitación física.

[40] Que ordena atender de manera prevalente a la población más vulnerable.

[41] Cuyo fin es el de asegurar que todas las contingencias que puedan afectar las condiciones de vida de una persona, en aspectos tales como la salud, la integridad física y la capacidad económica, estén cubiertas por el sistema de seguridad social.

[42] Ver sentencia T-040/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[43] Sentencia T-943/14 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[44] Considerando que esta no es la situación fáctica objeto de este pronunciamiento, no se hará un análisis profundo sobre este supuesto.

[45] Sentencia T-549/14 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[46] El artículo 3º del Decreto 917 de 1999, establece que la fecha de estructuración de la invalidez debe corresponder al momento de la pérdida de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva. Por lo tanto, la fecha de estructuración, debe tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales, ver sentencia T-561/10 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla)

[47] Ver sentencias T-163/11 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-043/14 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-549/14 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[48] Ver sentencias T-699A/07 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-561/10 (M.P. Nilson Pinilla

Pinilla) y T-962/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[49] En la sentencia T-153/16 (M.P. María Victoria Calle Correa) la Sala Primera explicó estos conceptos así: “toda decisión o actuación de las autoridades o entidades ha de fundarse en criterios de racionalidad y razonabilidad. El primero exige que la decisión o actuación se fundamente en posiciones susceptibles de ser constatadas o controvertidas de manera lógica y empírica. Las razones en las que se funde la administración han de responder, al menos, a una lógica instrumental, en la cual se justifique las acciones adoptadas como medios para alcanzar los fines socialmente propuestos. En tal medida, las decisiones de carácter legal, judicial o ejecutivo que sean irracionales, esto es, que racionalmente no conduzcan al fin que se dice estar buscando, se entiende que son contrarias al orden constitucional vigente. Por lo menos, en lo que a derechos fundamentales se refiere, no es posible aceptar una restricción a un derecho con miras a proteger un fin legítimo, si el medio elegido para ello no es adecuado para alcanzar el fin que justifica la limitación del derecho. En tal caso, sería irracional limitar la garantía constitucional. De forma similar, tampoco son racionales decisiones absurdas, ilógicas o contradictorias.

El segundo criterio requiere que las decisiones de las autoridades encuentren justificaciones no solamente racionales, desde un punto de vista lógico o técnico, sino también desde lo ético, desde los valores. Es decir, no solamente se ha de justificar la decisión a la luz de una razón instrumental, sino también a la luz de una razón práctica. Los funcionarios no pueden, arbitrariamente, sacrificar valores constitucionales que sean significativos e importantes, por proteger con mayor empeño otros de menor valía. Así, por ejemplo, no es razonable que por el cumplimiento de formalidades procesales o administrativas se deje a una persona sin derecho a recibir la pensión que efectivamente cotizó y ahorró. Así, la gran apuesta por erradicar la arbitrariedad de las autoridades y poderes establecidos es, en otras palabras, la búsqueda de que las razones de las entidades públicas o particulares estén basadas en criterios de racionalidad y razonabilidad. Que se guíen por el respeto a las mejores razones y argumentos y por el respeto a los valores constitucionales que en mayor grado se encuentren comprometidos. Es llenar con buenas razones un espacio que parecía reservado a la voluntad y el capricho.”

[50] En la sentencia T-611/16 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), se aclaró que “la

determinación de cuándo se está en presencia de este tipo de enfermedades, no exige la consagración necesaria de una fórmula legal o reglamentaria que permita su aplicación, ya que dada la prevalencia que en esta materia tiene la conceptualización profesional de la medicina, se debe atender al sentido técnico de dicha ciencia, en el que generalmente tiene un peso específico la misma calificación que se realiza por las juntas de invalidez, por los médicos tratantes o por los técnicos designados por los jueces para brindar un concepto profesional sobre la materia, sin perjuicio de las reglas y oportunidades de contradicción que se prevén en el ordenamiento jurídico”.

[51] Ver sentencias T-002/13 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-943/14 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre otras.

[52] Ver sentencias T-111/16 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-013/15 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-040/15 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[53]La Sala resalta que existen precedentes jurisprudenciales en los cuales la Corte Constitucional ha resuelto casos sobre pensiones de invalidez fundada en la excepción de inconstitucionalidad. Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-1291/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-221/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-043/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-699A/07 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-550/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1203/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-658/08 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-826/08 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-789/14 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), entre otras.

[54] Ver sentencias T-789/14 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), T-111/16 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-512/15 (María Victoria Calle Correa), T-588/15 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-717/15 (M.P. Alberto Rojas Ríos), entre otras.

[55] En la sentencia T-588/15 (M.P. María Victoria Calle Correa) la Corte ha considerado que al tomar “como fecha para el reconocimiento de la pensión la del momento en que se expidió el dictamen, [desconocería] aquellas semanas cotizadas de forma posterior a la declaratoria de invalidez (...9. En casos como este lo que ocurre es que, en razón de la capacidad laboral residual que goza la personas, aquella cotiza incluso después de efectuado el dictamen de pérdida de capacidad, y esta Corporación protege el derecho a que esas semanas sean igualmente tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de la

prestación.” En el mismo sentido se pronunció la Corte en las sentencias T-153/16 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-962/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[56] Reiterando lo establecido en la sentencia T-153/16 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[57] Ver sentencia T-022/13 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[58] Ver sentencia T-962/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[59] Ver la sentencia T-022/13 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[60] Dictamen médico emitido por el Dr. Luis Alberto Amaya Vargas, médico fisiatra, y dictamen médico del Dr. Francisco García, especialista en ortopedia.

[62] Dictamen médico emitido por el Dr. Rubén Darío Celis, medicina interna.

[63] Es una afección genética.

<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000382.htm>

[64] Dictamen médico del Dr. Francisco García, especialista en ortopedia.

[65]

<http://www.genagen.es/area-pacientes/informacion-genetica-y-enfermedades-hereditarias/enfermedades-geneticas-mas-frecuentes/distrofias-musculares-de-duchenne-y-becker/>

[66] En los folios 33 y 34 reposa copia de la historia de los periodos cotizados por el accionante.