

Sentencia T-435/16

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

DERECHO A LA VALORACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Entidades competentes deberán realizar una valoración integral

PENSION DE INVALIDEZ-Se deben contabilizar semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez para cumplir con el requisito de las 50 semanas

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION-Obligación de las entidades públicas a brindar información de manera oportuna y eficiente, según ley 1712/14

Las obligaciones que se derivan, para las entidades públicas en esta materia, giran a partir de esa ley, en torno a: a) Disponibilidad de la información, es decir, debe estar a disposición del público la información pública a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica. b) proporcionar apoyo a los usuarios y ofrecer toda clase de asistencia en relación con los trámites y servicios públicos que ofrezcan. c) divulgar la información con criterio diferencial de accesibilidad, en tal sentido deberá asegurarse el acceso a la información de los distintos grupos étnicos y culturales del país, a través de su divulgación en diversos idiomas, lenguas y en formatos alternativos comprensibles para dichos grupos. Además, están obligados a la adecuación de los medios de comunicación para la mejor comprensión de personas en situación de discapacidad.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION-Administradoras de Fondos de pensiones deben garantizar el derecho a la información, bajo estrictos criterios de buena fe y veracidad

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

Referencia: expediente T-5.516.581 y T-5.497.028

Acciones de tutelas instauradas por Martín Marín- Martínez contra COLPENSIONES y Jenny Milena Vargas Hernández contra COLFONDOS.

Procedencia: Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla y Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá.

Asunto: derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y 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 el proceso de revisión de las providencias proferidas dentro de los expedientes de tutela: i) T-5.516.581 promovida por Martin Marín Martínez contra COLPENSIONES, con sentencia de primera instancia del 25 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla y de segunda instancia del 14 de enero de 2016, expedida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta Civil, Familia; y, ii) T-5.497.028 promovida por Jenny Milena Vargas Hernández contra COLFONDOS, con fallo de única instancia del 14 de diciembre de 2015, pronunciada por el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá.

Los expedientes fueron remitidos a esta Corporación en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, de la siguiente manera: i) El expediente T-5.516.581, por oficio número 67 del 10 de febrero de 2016, recibido en la Secretaría General de la Corte el 28 de abril de 2016[1]; y ii) el expediente T-5.497.028, a través de oficio del 8 de abril de 2016, recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 19 de abril de 2016.

La Sala Quinta de Selección de la Corte Constitucional, mediante auto del 13 de mayo de 2016, resolvió: i) seleccionar para efectos de su revisión los expedientes T-5.516.581 y T-5.497.028; y ii) acumular entre sí los mismos por presentar unidad de materia.

I. ANTECEDENTES

Los expedientes acumulados se identifican con el tema de acceso a la pensión de invalidez de personas que han realizado cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma y, al solicitar la mencionada prestación, se enfrentan a la negativa de los Fondos Administradores de Pensiones que no toman en cuenta estos aportes para el reconocimiento de los derechos pensionales reclamados. Conforme a lo expuesto, cada expediente presenta especiales particularidades procedimentales y fácticas, que exigen un estudio separado de sus antecedentes, para una mejor comprensión.

A. Expediente T-5.516.581

El 10 de septiembre de 2015, el señor Martín Enrique Marín Martínez formuló acción de tutela contra COLPENSIONES, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social, debido proceso, “discapacidad”, generada por la negativa de la entidad accionada a reconocer su pensión de invalidez.

Solicitó se ordene a la parte demandada que reconozca y pague su pensión de invalidez, el respectivo retroactivo y los intereses moratorios a partir del 1º de abril de 2012, fecha en la que cesó su capacidad de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Hechos relevantes

1. Manifestó el actor que nació el 11 de noviembre de 1962 y que actualmente cuenta con 52 años de edad[2].
2. Afirmó que en su historia clínica laboral reposa el dictamen médico del 8 de septiembre de 2008, emitido por el doctor Jorge Luís Rivera Hernández, quien en su condición de médico de pensiones Seccional Atlántico, concluyó que su diagnóstico era: “Cuadriplegia secundario A Meningitis. Trastornos Cognitivos Secundario A Meningitis”[3], con una pérdida de capacidad laboral del 61.60% y fecha de estructuración del 1º de enero de 1969[4]. De

igual manera, de la lectura de la historia clínica aportada se puede observar que el actor padece de secuelas de meningitis neonatal lo que le produce retardo sicomotor y déficit cognitivo[5].

3. Expresó que el 6 de octubre de 2008, presentó ante el Instituto de Seguros Sociales una solicitud de reconocimiento y pago de pensión por invalidez, la cual fue radicada bajo el número 23064[6].

4. Aseveró que el 14 de agosto de 2009, el ISS resolvió su solicitud mediante Resolución número 016578, a través de la cual negó la petición presentada por el actor, con fundamento en que no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966, modificado por el Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984, esto es, acreditar 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que en el caso del señor Marín Martínez, acaeció el 1º de enero de 1969[7].

5. Expuso que contra el acto administrativo que negó su solicitud formuló recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución número 002876 del 10 de noviembre de 2009, que confirmó la Resolución número 016578 del 14 de agosto de 2009, pues encontró acreditado que el solicitante cotizó cero (0) semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez[8].

6. Declaró que solicitó nuevamente la calificación de su invalidez ante la entidad responsable, hoy COLPENSIONES, la cual mediante dictamen número 201463198 del 11 de julio de 2014, concluyó que el actor tiene “Secuelas de enfermedades inflamatorias del sistema nervioso central”, con una pérdida de capacidad laboral del 61.23%, estructurada desde el 11 de noviembre de 1969[9].

7. De otra parte, aseguró el accionante que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, profirió el dictamen número 17302 del 11 de septiembre de 2014, que le diagnosticó “Síndrome Postencefalítico”, el cual fue aclarado por dictamen número 17303 de esa misma fecha, en el sentido de determinar la pérdida de capacidad laboral en 61.23%[10].

8. El señor Martín Enrique Marín Martínez formuló recurso de reposición y apelación contra

el dictamen mencionado anteriormente y su aclaración. La censura horizontal fue resuelta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, la cual, a través del auto de 18 de diciembre de 2014, confirmó los conceptos objeto de reproche. De igual manera, la alzada fue resuelta por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen número 8531915 del 8 de julio de 2015, que confirmó la calificación realizada por la Junta Regional[11].

9. Explicó el actor que no obstante su discapacidad, se dedicó a la venta informal de dulces en una calle de Barranquilla y sus ingresos no superaron los \$150.000.00 pesos mensuales, lo que le permitió pagar sus aportes a la seguridad social y algo de sus gastos, pues actualmente no cuenta con más ayuda, pues su madre “vive de lo mismo” y lo atiende[12]. Conforme al registro civil de nacimiento del accionante, su progenitora tendría en la actualidad alrededor de 78 años de edad[13].

10. En el expediente acreditó el periodo de cotizaciones desde el 1º de noviembre de 1997 hasta el 31 de mayo de 2010, para un total de 625,86 semanas cotizadas[14]. Sin embargo, afirma que cotizó al Sistema General en Pensiones hasta el 31 de marzo de 2012 con un total de 725 semanas[15]. De esta manera, adujo que para el momento en que solicitó su pensión de invalidez ante el ISS en el año 2008, contaba con 563 semanas cotizadas, las cuales superaban las exigidas por la ley para el reconocimiento y pago de su prestación pensional[16].

11. Consideró que al momento de presentar su solicitud, la entidad accionada debió aplicar la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, por lo que no le eran aplicables los Decretos 3041 de 1966 y 433 de 1971.

Actuación procesal y contestaciones de las entidades accionadas

Conoció de la acción de tutela en primera instancia el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla. El fallador de instancia avocó conocimiento por auto del 14 de septiembre de 2015, ordenó notificar a las partes y ofició a COLPENSIONES para que remitiera a ese despacho un informe relacionado con los hechos de la solicitud de amparo[17]. La entidad accionada guardó silencio.

Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla profirió sentencia el 25 de septiembre de 2015[18], quien resolvió negar el amparo constitucional solicitado, con fundamento en que la acción de tutela no se presentó como mecanismo transitorio ni se demostró que el procedimiento ordinario carezca de eficacia o no sea lo suficientemente expedito. Por consiguiente, encontró que en este caso el juez constitucional no es el competente para resolver el conflicto pensional propuesto, ya que este debe dirimirlo el juez ordinario, que además, cuenta con un término amplio para tales fines[19].

Segunda instancia

La Sala Cuarta Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla[20], mediante sentencia del 14 de enero de 2016, confirmó la providencia proferida en primera instancia al considerar que la acción de tutela no superó el requisito de subsidiariedad, puesto que no existe constancia de que el actor haya solicitado nuevamente la pensión de invalidez ante COLPENSIONES[21].

Actuaciones en sede de revisión

El actor radicó ante la Secretaría General de esta Corporación, copia de la Resolución No. 189639 del 27 de junio de 2016, proferida por COLPENSIONES, por medio de la cual resolvió la solicitud de revocatoria directa de las Resoluciones números 16578 del 14 de agosto de 2008 (sic) y 2876 del 10 de noviembre de 2009, presentada por el afiliado el 21 de abril de 2016.

Para resolver la petición de revocatoria directa, la entidad accionada consideró previamente los siguientes documentos y pruebas: i) el dictamen número 8531915 del 8 de julio de 2015, que calificó al actor con pérdida de capacidad laboral del 61.23%, estructurada el 11 de noviembre de 1969; ii) a través de requerimiento interno radicado bajo el número 2016-5577957, la entidad accionada solicitó al área de Medicina Laboral indicar si el solicitante padece una enfermedad degenerativa-progresiva. La respuesta a tal orden fue la siguiente: “De conformidad con el concepto médico del doctor Heberto González, es enfermedad progresiva y por el déficit cognitivo, requiere de terceras personas, es decir, debe nombrarse curador (...)”[22]

Acreditado lo anterior, COLPENSIONES realizó el análisis de la situación del usuario y la necesidad de aplicar en este caso, el principio de condición más beneficiosa conforme lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte. Finalmente resolvió: i) rechazar la solicitud de revocatoria directa formulada por el actor el 21 de abril de 2016 contra las resoluciones números 16578 del 14 de agosto de 2008 (sic) y 2876 del 10 de noviembre de 2009; y, ii) negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, con fundamento en la falta de acreditación de los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en especial el régimen excepcional para los menores de 20 años.

Esa entidad consideró que la fecha real de la invalidez estaba determinada por su último dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 8 de julio de 2015.

De esta manera, concluyó que el señor Marín Hernández cumple con el requisito de las 26 semanas cotizadas en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es decir entre el 29 de diciembre de 2002 hasta el 29 de diciembre de 2003, por cuanto a la fecha se encontraba activo y efectuó cotizaciones al Sistema General de Pensiones. Sin embargo, el afiliado no cumplió con el requisito de las 26 semanas cotizadas en el último año anterior a la fecha de estructuración, es decir entre el 8 de julio de 2015 y el 8 de julio de 2014, por cuanto la última cotización fue el 31 de marzo de 2012[23], razón por la cual negó la prestación reclamada.

De otra parte, la Sala pudo constatar que el señor Martín Marín Hernández se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud desde el 15 de mayo de 2015 y realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde noviembre de 1997 hasta marzo del año 2012, a través del Fondo de Solidaridad Pensional[24]. De igual manera, su señora madre Elvia Margarita Martínez Díaz se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud y realiza aportes a pensiones a través del Fondo de Solidaridad Pensional[25].

B. Expediente T-5.497.028

El 26 de noviembre de 2015, Jenny Milena Vargas Hernández formuló, a través de agente oficiosa, acción de tutela contra el Fondo de Pensiones COLFONDOS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad, generada por la negativa de la entidad

accionada de reconocer su pensión de invalidez. Bajo ese entendido, solicitó se ordene a la parte demandada que reconozca y pague la mencionada prestación.

Hechos relevantes

1. Manifestó la agente oficiosa que su representada tiene 29 años de edad a la fecha de la presentación de la acción de tutela y vive con su mamá, su hermano y su hermana. Adicionalmente, se desempeñaba como trabajadora independiente de profesión fisioterapeuta y se encuentra vinculada desde julio del año 2013 a la EPS COMPENSAR y en pensiones al Fondo de Pensiones COLFONDOS.

2. Expresó que la agenciada desde enero de 2014, se empezó a sentir enferma y su cara sufrió inflamaciones. Realizados los exámenes médicos correspondientes determinaron que padecía de creatinina alta y eliminación de proteínas en la orina. Su diagnóstico fue nefropatía por IGA, en estado cinco “terminal”, con orden de diálisis inmediata a la espera de encontrar un donante para realizarle un trasplante de riñón.

3. El 31 de marzo de 2015, se realizó la cirugía de trasplante de riñón, lo que le generó más de 180 días de incapacidad, por tal razón, fue remitida al Fondo de Pensiones COLFONDOS con la finalidad de calificar la pérdida de su capacidad laboral.

4. Adujo que el Fondo de Pensiones COLFONDOS mediante dictamen número 3101673 del 8 de marzo de 2015[26], determinó que la accionante tenía un 61.28% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración de la invalidez el 29 de mayo de 2014 y de origen común.

5. Expuso que solicitó a COLFONDOS el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, petición que fue “objetada” por la entidad accionada con fundamento en que la agenciada no cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, es decir, entre el 29 de mayo de 2011 hasta el 29 de mayo de 2014. En su lugar, le sugirió a la accionante acceder a la devolución de saldos por invalidez de conformidad con el artículo 72 de la Ley 100 de 1993[27].

6. Aseguró que cotizó desde julio de 2013 hasta noviembre de 2015, para un total de

125,29 semanas de aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones[28] , realizadas a pesar de su condición de discapacidad.

Actuación procesal y contestaciones de las entidades accionadas

Conoció de la acción de tutela en única instancia el Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá. El fallador de instancia avocó conocimiento por auto del 30 de noviembre de 2015, ordenó notificar a las partes y a COLFONDOS para que se pronunciara sobre los hechos de la solicitud de amparo. De igual manera, vinculó oficiosamente de la EPS COMPENSAR. Las entidades accionadas fueron notificadas mediante oficios números 2881 y 2880 ambos del 1º de diciembre de 2015.

La EPS COMPENSAR presentó escrito ante la Secretaría del Juzgado de conocimiento el 4 de diciembre de 2015, mediante el cual expresó que: i) La accionante se encuentra afiliada a esa EPS en el Plan Obligatorio de Salud POS; ii) ha cumplido con los procedimientos médicos y ha pagado las incapacidades de la usuaria, por lo que no han puesto en riesgo la atención en salud de la paciente; y, iii) la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de “vejez” (sic) es la Administradora del Fondo de Pensiones COLFONDOS. Con base en lo expuesto, solicitó al juez de tutela declarar la “excepción de responsabilidad” de esa institución[29].

Por su parte, la administradora del Fondo de Pensiones COLFONDOS guardó silencio durante el término otorgado por ese despacho judicial.

Decisiones objeto de revisión

Única instancia

El Juzgado 54 Civil Municipal de Bogotá profirió sentencia el 14 de diciembre de 2015[30], que resolvió negar el amparo constitucional solicitado por la accionante con fundamento en que la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales, pues la solicitante cuenta con otros medios de defensa ordinarios para la resolución del conflicto planteado. Además, para ese despacho judicial no existió certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales de la actora, mucho menos se demostró la afectación de su mínimo vital[31].

II. CONSIDERACIONES

Competencia

Asunto bajo revisión

2. El señor Martín Enrique Marín Martínez (Expediente T-5.516.581) y la señora Jenny Milena Vargas Hernández (Expediente T-5.497.028) acudieron a la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de pensión de invalidez, pues las administradoras de Fondos de Pensiones (COLPENSIONES y COLFONDOS respectivamente) les han negado el acceso a la misma, con base en que no cumplen con el requisito legal de haber cotizado previamente a la fecha de estructuración de la invalidez un número mínimo de semanas conforme al régimen jurídico aplicable, con desconocimiento de que con posterioridad al evento que configuró su enfermedad, realizaron aportes al Sistema General en Seguridad Social en Pensiones.

Conforme a lo expuesto, en ambos casos los accionantes solicitan que el juez de tutela ordene a las entidades demandadas el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que afirman tienen derecho y además, en el caso del señor Marín Martínez (Expediente T-5.516.581), que se paguen los retroactivos e intereses moratorios.

De otra parte, COLPENSIONES y el Fondo de Pensiones COLFONDOS (en calidad de accionadas) guardaron silencio durante el término otorgado por los jueces de instancia para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Cuestión previa a la formulación del problema jurídico

3. Las situaciones fácticas expuestas exigen a la Sala que antes de la formulación del problema jurídico de fondo, determine si la acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones pensionales por invalidez. A tal efecto, la Sala analizará en conjunto si las acciones de tutela de la referencia reúnen los presupuestos necesarios para acreditar su procedibilidad para solicitar la pensión de invalidez, como son: i) legitimación por activa; ii) legitimación por pasiva; iii) subsidiariedad; e, iv) inmediatez.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa

4. Conforme al artículo 86 de la Carta, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

5. Por su parte, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

En consecuencia, se encuentra legitimado por activa quien promueva una acción de tutela siempre que se presenten las siguientes condiciones: i) que la persona actúe a nombre propio, a través de representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante agente oficioso; y ii) procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

6. En los casos objeto de estudio, se acredita que el señor Martín Marín Martínez (Expediente T-5.516.581) se encuentra legitimado en la causa por activa para formular la acción de tutela de la referencia, pues es mayor de edad, actúa en nombre propio y manifiesta la actual violación de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social, debido proceso y “discapacidad”.

De igual manera, la señora Jenny Milena Vargas Hernández (Expediente T-5.497.028), está legitimada en la causa por activa para formular la acción de tutela que analiza la Sala en esta oportunidad, pues es mayor de edad, manifestó que la violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad es actual y además, concurre a través de agente oficioso.

En relación con el ejercicio de la acción de tutela a través de la figura procesal de la agencia oficiosa y la acreditación de la legitimación por activa, esta Corte ha considerado que dicha institución encuentra fundamento en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, al consagrar que podrán agenciarse derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

Ahora bien, este Tribunal ha establecido que la viabilidad procesal de la agencia oficiosa está condicionada a la demostración de los siguientes elementos: i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar en dicha calidad; ii) la acreditación de la imposibilidad física o mental del titular del derecho agenciado para procurarse la defensa de sus derechos por sus propios medios; iii) la inexistencia de una relación formal entre el agente y el agenciado titular de los derechos; y iv) la ratificación posterior y oportuna por parte del agenciado de los hechos y pretensiones contenidos en la solicitud de amparo, cuando ello fuere materialmente posible y necesario[32].

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala encuentra que la señora Jenny Milena Vargas Hernández presentó la solicitud de amparo a través de la agente oficiosa Angee Joanna Vargas Hernández, quien afirmó ser hermana de la agenciada y haber actuado en su nombre debido al estado de debilidad manifiesta en la que se encuentra, producto de su situación médica[33], por lo que los presupuestos de esta institución de representación procesal se encuentran acreditados, así como la legitimación en la causa por activa.

Legitimación por pasiva

7. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso[34]. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

8. En el expediente T-5.516.581, la acción de tutela se dirige contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la cual, según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005.

Conforme a lo expuesto, se trata de una entidad pública que tiene capacidad para ser parte, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva para actuar en este proceso

según los artículos 86 Superior y el 5º del Decreto 2591 de 1991[35].

De otra parte, en el expediente T-5.497.028, la solicitud de amparo se dirigió contra COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías – COLFONDOS, empresa privada identificada con NIT 800149496-2, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia[36]. Se trata entonces de una entidad de derecho privado que tiene por objeto social la administración de fondos de pensiones y cesantías.

El artículo 86 Superior establece que la solicitud de amparo se puede interponer contra la acción y omisión de cualquier autoridad pública que amenace o dañe los derechos fundamentales de su titular. De igual manera consagra, que la ley definirá la procedencia de la acción de tutela cuando la afectación de derechos fundamentales provenga de particulares, en razón del servicio público que prestan, o su acción contraria al interés colectivo o a los derechos de quienes se encuentran en estado de subordinación e indefensión.

En ese orden de ideas, la procedibilidad de la acción de tutela está condicionada a la acreditación de alguno de los dos requisitos mencionados anteriormente. En primer lugar, en relación con las empresas privadas que administran fondos de pensiones, esta Corporación ha definido que las mismas prestan un servicio público relacionado con la seguridad social. En efecto, en sentencia T-357 de 1998[37], la Corte consideró que por disposición de los artículos 48 y 365 de la Carta, los particulares participan en la prestación de algunos servicios públicos, en especial la seguridad social, lo que permitió que el artículo 90 de la Ley 100 de 1993, regule la forma en que las sociedades anónimas, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 91, presten el servicio público de seguridad social y adquieran la naturaleza de sociedades administradoras de fondos de pensiones, cuya actividad se encuentra bajo el control del Estado.

Frente al segundo requisito, la Corte en sentencia T-1364 de 2000[38], afirmó que los conceptos de subordinación o indefensión se han presumido de las personas que aspiran a ser pensionados o ya tienen ese derecho reconocido respecto de la entidad prestadora del servicio, debido su situación de vulnerabilidad de desigualdad manifiesta.

De acuerdo con lo anterior, encuentra esta Sala que COLFONDOS, es una entidad privada prestadora del servicio público de seguridad social, por ser una sociedad administradora de

fondos de pensiones y que se encuentra en una posición de superioridad frente a Jenny Milena Vargas Hernández, por ser la encargada de decidir la pensión de invalidez requerida por la accionante, por tal razón, está legitimada en la causa por pasiva conforme a los artículos 86 Superior y 42 del Decreto 2591 de 1991.

Inmediatez

9. Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad[39], su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo[40], bajo el entendido que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

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

En estos casos, el análisis de procedibilidad excepcional de la petición de protección constitucional se torna menos estricto y está condicionado a la verificación de los siguientes presupuestos[41]: i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable, la ocurrencia de un hecho nuevo[42], entre otros; ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

Estas reglas jurisprudenciales, han sido observadas por la Corte en diferentes pronunciamientos. En efecto, en sentencia T-485 de 2011[43], este Tribunal expresó que la carga de imposición de la acción de tutela en un determinado tiempo resulta desproporcionada cuando los accionantes son de la tercera edad[44] y se encuentran en una situación de debilidad manifiesta originada por la precaria situación económica que

viven, debido a la falta de reconocimiento de la pensión que reclamaban y a su delicado estado médico. En aquella oportunidad se reiteró que la inmediatez no puede alegarse como excusa para eludir la protección constitucional requerida por una persona que sufre serios deterioros en su salud[45].

En sentencia T-383 de 2009[46], esta Corporación consideró que la demora en la formulación de la acción de tutela se debió a motivos válidos que le impidieron al actor solicitar la protección constitucional en determinado plazo, pues se acreditó en el expediente que se trataba de una persona de escasos recursos económicos, con graves problemas de salud que le generaron la declaratoria de invalidez, situaciones que justifican el paso del tiempo entre la vulneración acusada y la presentación del amparo y hacen menos estricto el requisito de procedibilidad atinente a la inmediatez.

Posteriormente en sentencia T-805 de 2012[47], la Corte consideró que el periodo de tiempo transcurrido para interponer el amparo fue razonable, en atención a las especiales condiciones del actor, pues se trató de una persona de la tercera edad (77 años), sin la posibilidad económica para sufragar sus gastos de subsistencia y su precaria situación de salud. Lo que además demostró que la amenaza de sus derechos fue continua y actual.

10. Ahora bien, la verificación de este requisito en los asuntos de la referencia comprende las siguientes consideraciones: En relación con el expediente T-5.516.581, encuentra la Sala que la acción de tutela fue interpuesta 5 años y 10 meses después de que el ISS profirió la Resolución número 2876 del 10 de noviembre de 2009. Esta situación prima facie implicaría la ausencia de inmediatez de la solicitud de amparo, y además generaría la declaratoria de improcedencia de la misma.

Sin embargo, el análisis del requisito de inmediatez no obedece a un ejercicio de naturaleza silogística-cuantitativa, pues no se reduce a la mera medición de lapsos de tiempo, sino que, debe verificarse si existen razones constitucionalmente válidas que justifiquen la inactividad del actor para ejercer la acción de tutela.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que en este caso se encuentran acreditadas situaciones especiales del actor que configuran razones constitucionalmente válidas que justifican su inactividad durante el largo lapso de tiempo descrito. En efecto, el accionante acreditó que padece las secuelas de una meningitis neonatal, lo que le ha

producido retardo sicomotor y déficit cognitivo[48] y actualmente le genera limitaciones de movilidad[49], condición que fue corroborada por COLPENSIONES mediante requerimiento interno número 2016-5577957, al diagnosticar que la enfermedad del usuario es progresiva y el déficit cognitivo le ha generado la necesidad de valerse de terceras personas[50].

Además, fue dictaminada su invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 61.60%, estructurada desde el 1º de enero de 1969, es decir, cuando tenía 6 años de edad[51].

Aunado a lo anterior, expresó el accionante que no obstante su condición de discapacidad, ha querido ser útil a la sociedad y se dedicó a vender dulces en una esquina de la ciudad de Barranquilla, actividad económica que le generó ingresos por \$150.000.00 mensuales, que destinó para realizar aportes a la seguridad social y atender algunos de sus gastos[52], lo que acredita su precaria situación económica, ya que no cuenta con más ayuda, pues su madre “vive de lo mismo” y lo atiende[53], y además, su progenitora tendría en la actualidad alrededor de 78 años de edad[54].

De la misma manera, la Sala pudo constatar que el actor y su señora madre se encuentran afiliados en el régimen subsidiado de salud y las cotizaciones realizadas por el señor Martín las realizó desde el año 1997 hasta el 2012, a través del Fondo de Solidaridad Pensional, el cual tiene por objeto subvencionar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariado o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, entre los que se encuentran las personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial[55].

Conforme a la evidencia previamente expuesta, encuentra la Sala acreditado que si bien ha transcurrido un largo lapso de tiempo desde las resoluciones que negaron la pensión de invalidez en el año 2009 y la formulación de la presente acción de tutela, las especiales condiciones de salud y la precaria situación económica del accionante, configuran razones constitucionalmente válidas que justifican su demora en la formulación del amparo constitucional. Exigirle de forma estricta el requisito de inmediatez implicaría la imposición de una carga procesal desproporcionada que desconoce el artículo 13 Superior, pues su inactividad no obedeció a un actuar caprichoso, arbitrario, desinteresado o con manifiesta desidia y negligencia, sino que, por el contrario, demuestra la elección racional de una opción de vida encaminada a atender sus necesidades básicas inmediatas a través del

trabajo informal hasta que su condición de discapacidad se lo permitió, la cual se insiste, le generó de manera progresiva dificultades de movilidad y déficit cognitivo, pues actualmente debe valerse de terceras personas. Para la Sala, esta situación le significaba una grave afectación a su vida digna[56]. En otras palabras, la especial condición del actor en materia de salud, se acreditó porque:

- a) Padece de las secuelas de una meningitis neonatal;
- b) Tiene retardo sicomotor, déficit cognitivo y limitaciones de movilidad;
- c) Requiere valerse de otras personas;
- d) La fecha de estructuración de la enfermedad se produjo cuando tenía 6 años de edad.

En relación con la precaria situación económica del accionante, se demostró que:

- a) Es un trabajador informal, dedicado a la venta ambulante de dulces en una calle de la ciudad de Barranquilla;
- b) Se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud;
- c) Desde el año 1997 hasta el año 2012, realizó aportes en pensiones a través del Fondo de Solidaridad Pensional, programa destinado a otorgar subsidio a trabajadores independientes de escasos recursos y que se encuentran en condición de discapacidad;
- d) Su señora madre realiza la misma actividad del accionante y es la encargada de atenderlo, además, se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud y actualmente tiene 78 años de edad.

Bajo ese entendido, la actitud del actor encuentra fundamento en la Carta y permite acreditar el requisito de procedibilidad de inmediatez.

Adicionalmente, se pudo constatar durante el trámite de la tutela, que el actor solicitó ante COLPENSIONES el 21 de abril de 2016, la revocatoria directa de las Resoluciones de números 16578 del 14 de agosto y 2876 del 10 de noviembre ambas del año 2009 proferidas por el ISS, la cual fue resuelta de manera negativa mediante Resolución número 189639 del 27 de junio de 2016, lo que demuestra la vocación de actualidad de las

vulneraciones a los derechos fundamentales acusadas y refuerza aún más la acreditación del requisito de inmediatez[57].

11. De otra parte, en el expediente T-5.497.028, encuentra la Sala que el requisito de inmediatez está acreditado, pues la acción de tutela fue presentada el 26 de noviembre de 2015, es decir a los 5 meses y 16 días de haberse proferido por parte de COLFONDOS la objeción de la solicitud de pensión de invalidez del 10 de junio de 2015, término que se considera razonable.

Subsidiariedad

12. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de la acción de tutela como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. En consecuencia, el análisis de procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) mecanismo definitivo, cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia[58]; ii) Procede la tutela como mecanismo transitorio: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[59]. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional – como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, entre otros – el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[60].

14. Observa la Sala, que los asuntos objeto de estudio superan el análisis de procedibilidad de la acción de tutela en materia de subsidiariedad para reclamar excepcionalmente derechos de naturaleza pensional, por las siguientes razones:

i) Procede la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales de los accionantes, puesto que está acreditado que el señor Marín Martínez (Expediente T-5.516.581) agotó los recursos administrativos en contra de las decisiones que negaron su prestación pensional en el año 2009 y no estaba obligado a presentar una nueva solicitud a COLPENSIONES como lo exigió el juez de segunda instancia, pues tal carga administrativa resulta desproporcionada al menos por dos razones: a) su situación ya había sido resuelta en el año 2009; y b) se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que le impide valerse por sí mismo, pues su enfermedad es progresiva, esto es, a medida que pasan los años se hace mas gravosa. De igual manera, la señora Jenny Milena (Expediente T-5.497.028) agotó la vía gubernativa, pues el acto que resolvió negar su pensión de invalidez no anunció los recursos ordinarios o extraordinarios que procedían en sede administrativa, lo que generó la imposibilidad de formularlos por parte de la actora[61].

ii) Adicionalmente, los medios judiciales ordinarios (procesos laborales), no son idóneos, ni eficaces para la protección de los derechos constitucionales que se discuten en sede de amparo. En efecto, tanto el señor Martín Marín como la señora Jenny Milena, se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad, debido a la discapacidad física que padecen y que les representa una pérdida de capacidad laboral del 61.23% y del 61.28%, respectivamente.

La exigencia general de acudir a los instrumentos procesales y judiciales ordinarios, en estos casos particular, se torna desproporcionada para los accionantes debido a sus especiales condiciones de salud y económicas, que como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta sentencia son precarias.

Aunado a lo anterior, el delicado estado clínico de los accionantes exige la inmediata intervención del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, al que se encuentran expuestos. En efecto, la negativa del ISS hoy COLPENSIONES y de COLFONDOS de reconocer y pagar la pensión de invalidez a los actores, reviste una afectación en su mínimo vital, lo que configura la existencia de un perjuicio irremediable, ante la falta de un medio de subsistencia de los mismos. El perjuicio irremediable reviste carácter de: inminente, es decir, está por suceder; se requieren medidas urgentes para conjurarlo; es grave, puesto que puede trascender al haber jurídico de los señores Martín y

Jenny Milena; y exige una respuesta impostergable, que asegure la debida protección de los derechos comprometidos[62].

Problema jurídico

15. Conforme a la demanda y las pruebas que obran en el expediente, considera la Sala que los problemas jurídicos que debe resolver se circunscriben a establecer lo siguiente ¿las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital de los accionantes, al negarles el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en que no acreditaron las semanas cotizadas necesarias durante periodos anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, sin tener en cuenta que los actores cesaron su actividad laboral muchos años después de haberse constituido su incapacidad para trabajar, aspectos no contemplados expresamente en las normas jurídicas que regulan la materia?

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala de Revisión abordará previamente el estudio de los siguientes asuntos: i) la protección constitucional del derecho a la seguridad social y su relación con el mínimo vital; ii) la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral; y, iii) finalmente se analizarán los casos concretos.

El derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital. Reiteración de jurisprudencia

16. Esta Corporación ha definido la naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social, con fundamento en el artículo 48 Superior, al establecer que debe garantizarse a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social[63] y en especial los derechos pensionales. El amparo de los derechos sociales fue admitido por esta Corporación desde el año 1992[64], bajo la tesis de la “conexidad”, cuando se demuestra un nexo inescindible entre el derecho social y un derecho fundamental[65]. Sin embargo, actualmente la Corte abandonó el análisis del carácter ius fundamental de los derechos sociales a partir de argumentaciones ajenas a la naturaleza propia del derecho como lo proponía la tesis de la conexidad[66], para permitir su protección por vía de tutela, una vez se han definido, por el Legislador o la administración en los distintos niveles territoriales, las prestaciones debidas de forma clara y precisa, de manera que constituyan derechos

subjetivos de aplicación directa lo que hace procedente su exigibilidad por vía de tutela[67].

17. En el sistema universal de protección de derechos humanos, el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), dispone la garantía del derecho a la seguridad social, entendido de vital importancia para:

“(…) garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”[68]. [Además], “(…) el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[69] (Negrillas fuera de texto)

18. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[70], en el artículo XVI establece el derecho a la seguridad social como la protección “(…) contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

En el numeral 1º del artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se estableció que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad proteger a las personas contra las consecuencias de la invalidez, que obstaculiza la obtención de medios para llevar una vida digna y decorosa.

19. En conclusión, es innegable la relación que existe entre el derecho a la seguridad social, en especial los derechos pensionales y el derecho fundamental al mínimo vital, más aun, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son destinatarias de una especial protección constitucional, como aquellas en condición de discapacidad e invalidez, pues su único sustento económico lo derivan de la prestación social enunciada, ya que, debido a la situación de invalidez, no pueden acceder al mercado laboral.

Fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral

20. El artículo 3º del Decreto 917 de 1999[71], establece la forma en que debe declararse la fecha en que acaeció para el calificado, de manera permanente y definitiva, la pérdida de su capacidad laboral. A tal nivel de convencimiento debe arribar el personal calificado y especializado, a partir del análisis integral de la historia clínica y ocupacional, los exámenes clínicos y de las ayudas diagnósticas que se requieran.

El establecimiento del momento en que el calificado pierde definitivamente su capacidad laboral, debe armonizarse con el procedimiento establecido en el artículo 4º del Decreto 917 de 1999[72].

En efecto, los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación deben exponer los fundamentos de hecho y de derecho, con los que se declara el origen, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la invalidez. Los fundamentos de hecho, conforme al artículo 9º del Decreto 2463 de 2001, son todos:

“(…) aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio.” (Énfasis agregado) y los fundamentos de derechos son “todas las normas que se aplican al caso de que se trate.”[73]

En ese sentido, la calificación integral de la invalidez, de la que hace parte la fecha de estructuración, deberá tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano[74], 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[75].

21. De esta misma manera lo ha manifestado 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.”[76] situación que no puede ser ajena a la valoración probatoria integral que deben realizar los expertos.

22. Así las cosas, es razonable exigir una valoración integral de todos los aspectos clínicos, y laborales que rodean al calificado, al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez, debido al impacto que tal decisión tiene sobre el derecho a la seguridad social, lo que determina su relevancia constitucional[77].

23. Ahora bien, generalmente la fecha de estructuración coincide con la incapacidad laboral del trabajador, sin embargo, en ocasiones la pérdida de capacidad laboral es progresiva en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, existe una diferencia temporal entre la total incapacidad para continuar laborando y el momento en que inició la enfermedad, presentó su primer síntoma u ocurrió el accidente según sea el caso[78].

La falta de concordancia entre la fecha de estructuración y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral, puede explicarse por la presencia de enfermedades crónicas, padecimientos de larga duración, enfermedades congénitas o degenerativas, bien porque se manifestaron desde el nacimiento o a causa de un accidente, lo que implica una pérdida de capacidad laboral generada de manera paulatina en el tiempo[79] que en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuración dictaminada, pues aquella en los mencionados eventos se limita a informar el momento en que acaeció la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.

24. Esta situación puede generar violación de los derechos de las personas que tienen una invalidez que se agrava de manera progresiva, puesto que pueden continuar en el mercado laboral y realizar los correspondientes aportes al sistema de seguridad social, por lo que al momento de solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, las entidades administradoras de los fondos de pensiones no tienen en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y bajo ese entendido, les niegan el reconocimiento de sus derechos pensionales. Para esta Corporación tales prácticas también pueden llegar a configurar un enriquecimiento sin justa causa, ya que: “(...) no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el

cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.”[80]

Conforme a lo expuesto, para la Corte, la invalidez que se agrava progresiva y paulatinamente en el tiempo merece un tratamiento jurídico especial y diferente al que se aplica a los casos ordinarios, que se concreta en la obligación de reconocer la pensión de invalidez con base en todas las semanas cotizadas por el usuario hasta el momento en que presentó su solicitud de reconocimiento pensional.

Por ejemplo, en sentencia T-710 de 2009[81], esta Corporación manifestó que existen casos en los que a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad del actor, aquel conservó sus capacidades funcionales, pudo continuar con su trabajo y aportó al sistema de seguridad social por un periodo de tiempo posterior a la fecha señalada como estructuración de su invalidez, es decir, se mantuvo activo en el mercado laboral, realizó las cotizaciones a seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, tuvo la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y realizar la correspondiente calificación de su pérdida de capacidad laboral. Bajo ese entendido, la negativa de la administradora de pensiones de reconocer los aportes realizados con posterioridad a la determinación de la invalidez genera de una parte, la falta de reconocimiento de su derecho pensional y de otra, un beneficio injustificado de los aportes realizados por el usuario.

Posteriormente, en sentencia T-163 de 2011[82], este Tribunal afirmó que cuando una entidad está encargada de reconocer una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a la que se le ha determinado una fecha de estructuración de forma retroactiva, debe tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, en especial, durante el periodo de tiempo comprendido entre dicha fecha y el momento en que el usuario pierde su capacidad para continuar trabajando de forma permanente y definitiva.

Este criterio fue reiterado en sentencia T-420 de 2011[83], en donde se concluyó que la falta de correspondencia entre la fecha de estructuración de la invalidez y el momento en que se da la pérdida de capacidad laboral ante la existencia de una enfermedad degenerativa, puede acreditarse por: i) el paso del tiempo entre el presunto día en que se generó la incapacidad para trabajar y la solicitud de la pensión; y ii) la cotización con posterioridad al presunto evento incapacitante realizada por el usuario y el desarrollo de su

actividad laboral hasta el momento en que sus condiciones de salud se lo permitieron.

De igual manera, en sentencia T-158 de 2014[84], la Corte estableció que en un trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, se debe tener como fecha real y efectiva el momento en que le fue imposible continuar prestando su fuerza de trabajo, producto de la progresión de sus padecimientos, por lo que será ese el momento en que perdió de forma definitiva y permanente su capacidad laboral y a partir del cual se debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable en el caso concreto.

Recientemente, en la sentencia T-486 de 2015[85], este Tribunal expresó que la negativa de las entidades que administran los fondos de pensiones a reconocer estos derechos prestacionales en las especiales circunstancias descritas, generan una desprotección constitucional de los ciudadanos que persiguen el reconocimiento de su prestación pensional, por tal razón esta Corte ha establecido como regla jurisprudencial especial que la verdadera fecha de estructuración de la invalidez surge el día en que la persona pierde de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, es decir, en el momento en que presentó la reclamación de su pensión de invalidez, lo que implica que las instituciones encargadas del reconocimiento pensional deben tener en cuenta los aportes a pensiones realizados con posterioridad a la fecha de estructuración determinada por la Junta de Calificación de Invalidez. Además, este momento, en ocasiones, determina el régimen jurídico aplicable pues la invalidez plena y real, es un hecho objetivamente verificable y se produce en vigencia de una determinada norma jurídica que regula el acceso a la pensión de invalidez, sin perjuicio de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa[86].

25. En conclusión, el acceso a la pensión de invalidez de aquellas personas que sufren enfermedades que se agravan paulatinamente en el tiempo, como consecuencia de su naturaleza crónica y degenerativa, implica que las administradoras de fondos de pensiones tengan en cuenta que: i) existe una diferencia temporal entre la fecha de estructuración de la enfermedad dictaminada por las entidades competentes y el momento en que el usuario pierde de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, es decir, al momento de presentar su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; ii) bajo ese entendido, deben tenerse en cuenta los aportes realizados con posterioridad a la fecha de

estructuración de la invalidez hasta el momento en que se produce la real incapacidad para laborar del solicitante que en ocasiones la configura la solicitud de reconocimiento de la pensión ante el fondo competente; y iii) alguna veces, aquel momento también determina el régimen jurídico aplicable y los requisitos que deben acreditarse.

Caso Concreto

A. Expediente T-5.516.581

26. En el presente caso el actor formuló acción de tutela contra COLPENSIONES, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social, debido proceso, “discapacidad”, generada por la negativa de la entidad accionada de reconocer su pensión de invalidez

Solicitó se ordene a la parte demandada que reconozca y pague su pensión de invalidez, el respectivo retroactivo y los intereses moratorios a partir del 1º de abril de 2012, fecha en la que cesó su capacidad de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En sede de revisión, el accionante allegó la Resolución número 189639 del 27 de junio de 2016, proferida por COLPENSIONES mediante la cual rechazó la solicitud de revocatoria directa de las Resoluciones 16578 del 14 de agosto de 2008 (sic) y 2876 del 10 de noviembre de 2009, y además, nuevamente negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el usuario.

Durante el trámite procesal, la entidad accionada no contestó la acción de tutela, por lo que la Sala dará aplicación a la presunción de veracidad de los hechos expuestos por el actor conforme al artículo 20 del decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación. En efecto, en sentencia T-306 de 2010[87], la Corte reiteró que la presunción de veracidad tiene sustento de una parte, en la necesidad de resolver con prontitud la acción que busca proteger derechos fundamentales, pues se trata de la violación de derechos fundamentales, pues de esta manera se efectivizan los principios de inmediatez y celeridad y, de otra, en la obligatoriedad de las providencias judiciales, las cuales no se pueden desatender, sin que tal elusión genere consecuencias jurídicas y procesales[88].

27. A continuación la Sala entra a realizar el estudio de este caso concreto. Para tal efecto, en primer lugar verificará los hechos que se encuentran debidamente probados y posteriormente establecer si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante.

28. Ahora bien, en el presente caso encuentra la Sala probados los siguientes hechos:

i) El accionante nació el 11 de noviembre de 1962 y actualmente cuenta con 53 años de edad[89].

ii) Desde el 1º de noviembre de 1997 empezó a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y sólo está acreditado en el presente asunto que realizó aportes hasta el 31 de mayo de 2010[90].

iii) El ISS, mediante dictamen médico del 8 de septiembre de 2008, calificó al actor con una pérdida de capacidad laboral del 61.60% y fecha de estructuración del 1º de enero de 1969[91]. Además, de la historia clínica aportada al expediente, se observa que padece de secuelas de meningitis neonatal lo que le produce retardo sicomotor y déficit cognitivo[92].

iv) El actor radicó solicitud de pensión de invalidez ante el ISS hoy COLPENSIONES. La entidad accionada dio respuesta a la petición mediante Resoluciones números 016578 del 14 de agosto y 002876 del 10 de noviembre ambas del año 2009[93], las cuales resolvieron negar la pensión de invalidez de origen no profesional, con fundamento en que el solicitante no acreditó los requisitos establecidos en el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966, puesto que cotizó 0 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración, esto es antes del 1º de enero de 1969.

v) COLPENSIONES profirió la Resolución número 189639 del 27 de junio de 2016, mediante la cual rechazó la solicitud de revocatoria directa de las Resoluciones números 16578 del 14 de agosto de 2008 (sic) y 2876 del 10 de noviembre de 2009, y además, negó el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Marín Martínez.

29. Para esta Sala de Revisión, COLPENSIONES vulneró al accionante su derecho constitucional de la seguridad social y afectó de manera grave su derecho fundamental al

mínimo vital en dos oportunidades: i) al negar la pensión de invalidez del afiliado mediante Resoluciones 016578 del 14 de agosto y 2876 del 10 de noviembre ambas del 2009; y, ii) cuando rechazó la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos mencionados anteriormente y negó de nuevo la pensión de invalidez al actor a través de la Resolución número 189639 del 27 de junio de 2016.

En efecto, las actuaciones administrativas desplegadas en su momento por el ISS y posteriormente por COLPENSIONES en el trámite pensional promovido por el actor, se muestran como una afrenta al derecho fundamental a su mínimo vital, además de actuar con abierto desprecio por las reglas que esta Corporación ha construido a partir de su pacífica y consistente jurisprudencia, en materia de reconocimiento de pensión de invalidez de personas que tienen padecimientos crónicos y degenerativos, que se agravan con el paso paulatino del tiempo, y sobre las que se ha dictaminado una fecha de estructuración con carácter retroactivo, lo que les ha permitido cotizar un número importante de semanas al sistema de Seguridad Social en Pensiones con posterioridad a la configuración de la invalidez.

Conforme a lo expuesto, cuando el actor solicitó por primera vez en el año 2009 su pensión de invalidez, acreditó que desde el año 1997 cotizaba al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y que su fecha de estructuración de la invalidez se produjo el 1º de enero de 1969[94], momento en el que tenía 6 años de edad. Por tal razón, la exigencia de la entidad accionada, relacionada con la necesidad de que el afiliado acreditara 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores, conforme lo establecía el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966, es contraria a los postulados mínimos de la razón y desconoce criterios básicos y elementales de la lógica argumentativa y probatoria, pues le impuso al usuario la irracional labor de acreditar un hecho de imposible realización, puesto que tal exigencia demostrativa conminaba al usuario a trabajar retroactivamente durante su infancia, práctica proscrita por la Constitución y la ley, la cual no puede ser fomentada por las sociedades administradoras de fondos de pensiones, a través de un completo desconocimiento de las reglas jurisprudenciales construidas pacíficamente por esta Corporación, y además, de la elusión consciente de una aplicación humanizante de las normas que regulan el acceso a una prestación pensional.

Así las cosas, esa institución en aquella oportunidad debió reconocerle al actor la pensión

de invalidez que reclamaba, puesto que no obstante haberse estructurado su invalidez desde el 1º de enero de 1969, había cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones más de 13 años, pues realizó aportes desde 1997, hasta mayo del 2010. Eso significa que para el momento en que solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez el 6 de octubre de 2008, el actor contaba con un total de 569,28 semanas, incluso, posteriormente continuo cotizando, pues el sistema registró un número total de 624 semanas, cifra que supera los montos exigidos por la ley y por la jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora bien, el segundo momento en que se materializó la vulneración de los derechos fundamentales acusados por el accionante, acaeció con la expedición de la Resolución número 189639 del 27 de junio de 2016, mediante la cual COLPENSIONES: i) rechazó la solicitud de revocatoria directa de las resoluciones números 16578 del 14 de agosto de 2008 (sic) y 2876 del 10 de noviembre de 2009, por lo que ratificó los argumentos expuestos en aquella oportunidad que justificaron la negación de la pensión de invalidez del actor; y ii) nuevamente negó la prestación reclamada por el usuario, con base en argumentos novedosos, pues con fundamento en la aplicación del principio de condición más beneficiosa, asumió como fecha real de la configuración de la invalidez el dictamen del 8 de julio de 2015, por lo que, en su entender, procedía la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en dos sentidos. De una parte, con la acreditación de 26 semanas de cotización dentro del año anterior a la vigencia de la mencionada ley y, de otra, con la demostración de 26 semanas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, que en el caso concreto comprende el periodo del 8 de julio de 2014 al 8 de julio de 2015. En otras palabras, la entidad, con base en el principio de condición más beneficiosa, aplicó el régimen especial para menores de 20 años contenido en el parágrafo primero del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que consagra: “Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.”

Las razones expuestas por COLPENSIONES que justifican la negación del derecho pensional del señor Marín Hernández son confusas y configuran una distorsión deliberada de la jurisprudencia de esta Corporación, pues se alejan de las finalidades que orientan la aplicación del principio de la condición más beneficiosa al momento de reconocer una pensión por invalidez.

En efecto, esta Corporación ha expresado que los principios del derecho laboral, tienen su origen en las relaciones asimétricas presentadas entre el trabajador y el empleador, por lo que buscan el establecimiento de elementos que beneficien al empleado, pues constituye la parte más débil de la relación, con el fin de que pueda realizar sus derechos, si no en igualdad, si en equivalencia de condiciones.

En el marco de dicha conformación de las relaciones laborales, se busca la consolidación de un sistema justo donde el trabajador cuente con garantías que configuren un escenario más igualitario a partir del principio protector que caracteriza la producción y la interpretación normativa.

Como derivación del principio protector están los principios de favorabilidad, in dubio pro operario y el de la condición más beneficiosa, para orientar tanto al Legislador, como al juez laboral en la aplicación de la ley[95], las cuales se desprenden del artículo 53 superior[96].

El principio de favorabilidad, garantiza que ante la coexistencia de normas que regulen una misma materia, se aplique al trabajador la más favorable. Implica, por tanto, la elección de una norma, entre dos o más que regulan un mismo caso, pues se trata de disposiciones que rigen la misma materia, esto es, susceptibles de aplicarse, con plena validez y urgencia para el caso[97].

De otra parte, el principio in dubio pro operario surge ante la existencia de una norma aplicable al caso que admite dos o más interpretaciones, de las cuales debe elegirse la interpretación más protectora a los intereses del trabajador. Está condicionado a la existencia de una duda en la interpretación judicial, por lo que debe existir incertidumbre para el juez, de ahí que este principio no sea aplicable cuando la duda proviene de otras fuentes[98].

Finalmente, frente a la materia propia del asunto objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa se refiere a aquella garantía consagrada en el artículo 53 de la Constitución de 1991, en tanto puntualizó prescriptivamente que "(...) la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".

En sentencia T-737 de 2015[99], la Corte estableció que la condición más beneficiosa supone la garantía que tienen los trabajadores en materia laboral, en el sentido de que sus derechos adquiridos y sus expectativas legítimas, serán protegidos frente a los tránsitos legislativos que puedan sucederlos y afectarlos con el establecimiento de condiciones más gravosas.

En tal sentido, su reconocimiento no implica la elección entre dos normas susceptibles de ser aplicadas, lo cual caracteriza el principio de favorabilidad; pues se refiere a un ejercicio de elección entre la norma vigente para el momento de la estructuración de la invalidez, y aquella inmediatamente anterior a ésta, por lo que demanda un ejercicio analítico sobre la legitimidad de una expectativa creada con fundamento en una norma ya derogada. No podría configurarse, entonces, un límite temporal preconcebido y universal para la búsqueda de la norma aplicable, sino que la identificación de la misma depende de que se haya configurado, o no, en el caso concreto una expectativa legítima afectada con la normativa posterior.

En ese orden de ideas, este Tribunal en sentencia T-717 de 2014[100] sostuvo que en los eventos en los cuales la persona que pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, había cumplido los requisitos de densidad de semanas cotizadas, restándole solo la ocurrencia del siniestro asociado a la disminución de capacidad laboral, debe respetarse la expectativa legítima de obtener la prestación, en los términos de la norma que el interesado satisfizo.

30. Con base en lo expuesto, observa la Sala que COLPENSIONES hizo una selección arbitraria y caprichosa del momento en que acaeció la real invalidez del accionante, pues adoptó como fecha de estructuración el dictamen del 8 de julio de 2015 y desconoció sin razones constitucionalmente válidas el primer momento en que se presenta la reclamación por parte del usuario, esto es el 6 de octubre de 2008. Esta situación afectó de manera directa la viabilidad jurídica de la petición de pensión de invalidez, pues era claro que el afiliado no podía cumplir con los requisitos exigidos por la ley, pues según COLPENSIONES, cotizó hasta el año 2012.

Para tratar de remediar tal situación y bajo una interpretación completamente desviada del principio de condición más beneficiosa, COLPENSIONES analizó el caso del señor Martín

Marín a partir del tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, para imponerle sin justificación racional y constitucional, la obligación de acreditar de forma conjunta: i) la cotización de 26 semanas entre el 29 de diciembre de 2003 y de 2004; y ii) la demostración de 26 semanas de aportes al Sistema durante el año anterior al 8 de julio de 2015. Concluyó esa entidad que el actor solo acreditó el primer requisito, pero no el segundo, razón por la cual se le negó su derecho nuevamente.

Esta argumentación carece de toda razón constitucional, pues amparado en el principio de condición más beneficiosa, COLPENSIONES: i) aplicó de forma arbitraria un régimen jurídico excepcional, dirigido a regular casos especiales relacionados con los menores de 20 años edad que a la fecha en que se solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez se hubiere estructurado la invalidez y posteriormente no hubiese podido cotizar; ii) con fundamento en lo anterior, le impuso al accionante la carga desproporcionada de acreditar dos requisitos legales para acceder a la pensión, los cuales no regulan su especial situación y por el contrario emergen como un castigo por su actuar diligente, pues en su afán de reconocimiento de su pensión por invalidez, buscó una nueva calificación de su incapacidad y reclamó nuevamente ante la entidad competente el reconocimiento de su pensión, con el trágico resultado de que sus actuaciones serían utilizadas como obstáculo para desconocer el derecho que fue reclamado desde el año 2008.

31. En conclusión, los argumentos expuestos por la entidad accionada en las dos oportunidades en las que ha negado el reconocimiento de la pensión de invalidez son violatorios del derecho constitucional a la seguridad social y afectan el derecho fundamental al mínimo vital del actor, razón por la cual la Sala se aparta de los mismos y procede a continuación a dar solución al caso concreto.

32. Está acreditado en el expediente que las condiciones del actor en materia de pérdida de capacidad laboral son las mismas en los años 2008 y 2015, pues el dictamen proferido por la Junta Nacional de Invalidez del 8 de julio de 2015, se limitó a ratificar las especiales condiciones del actor expuestas en el año 2008, esto es, una pérdida de capacidad laboral de más del 50% estructurada en el año 1969. De tal suerte que, el señor Martín tiene derecho a la pensión de invalidez desde la presentación de la solicitud de reconocimiento pensional ante el ISS – hoy COLPENSIONES, esto es, el 6 de octubre de 2008.

En ese orden de ideas, según la certificación expedida por el ISS, en los tres (3) años anteriores al 6 de octubre de 2008, el actor tendría un total de 141,42 semanas cotizadas[101].

33. Además de lo anterior, fue desproporcionado por parte de la entidad accionada exigir en un primer momento los requisitos contenidos en el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966 y de manera posterior, los requisitos especiales para la pensión de invalidez de los menores de 20 años contenidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, puesto que la fecha de estructuración se verificó en el momento en que perdió su capacidad real para trabajar y presentó su reclamación ante el ISS hoy COLPENSIONES, esto es el 6 de octubre de 2008, momento para el cual regía la Ley 100 de 1993, norma mucho más favorable al actor y respetuosa del principio pro operario, aplicable a este caso especial. En efecto, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, establece los siguientes requisitos para acceder a la pensión de invalidez:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.”

34. En consecuencia, es claro que el accionante es titular de la pensión de invalidez, pese a lo cual no le fue reconocida ni en su momento por el ISS ni recientemente por COLPENSIONES, lo que genera la actual violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital. En efecto, la entidad accionada debió en su momento, reconocer y pagar la pensión de invalidez, puesto que de las pruebas allegadas al proceso

se concluye inequívocamente que el señor Martín Marín Martínez cumple con los requisitos para ser beneficiario de dicha pensión, puesto que:

i) Tiene una pérdida de capacidad laboral del 61.60%, según el dictamen del 8 de septiembre de 2008, emitido por el doctor Jorge Luis Rivera Hernández, médico laboral del ISS y sobre el cual la entidad accionada no presentó objeción alguna durante el trámite administrativo ni tampoco en el proceso de tutela de la referencia; y,

ii) a la fecha de presentación de su solicitud de reconocimiento pensional acreditó 141,42 semanas cotizadas al sistema de seguridad social, durante los tres (3) años anteriores a la presentación de la solicitud de pensión, realizada el 6 de octubre de 2008, pues, conforme a la norma citada previamente, solo requería acreditar 50 semanas.

La negación de esta prestación social por parte de la entidad accionada, tiene un grave impacto en el mínimo vital del accionante, razón por la cual está acreditada la vulneración a los derechos fundamentales invocados y procede la protección constitucional solicitada. En consecuencia, la Sala ordenará a COLPENSIONES, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar al accionante la pensión de invalidez, conforme a los artículos 39 y siguientes de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

35. De otra parte, esta Sala de Revisión, ordenará el pago de los retroactivos a que haya lugar, tal y como fue solicitado en la solicitud de amparo. Recuérdese que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pretensión de pago del retroactivo, está condicionada además de los presupuestos generales, a que : ii) exista certeza en la configuración del derecho pensional y ii) cuando exista evidencia de afectación al mínimo vital, debido a que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia del accionante y a que "... por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados"[102]

Estos especiales requisitos, se encuentran debidamente acreditados en el presente asunto, como pasa a verse a continuación:

a) Existe certeza acerca de la configuración del derecho pensional al retroactivo, puesto que se acreditó en el presente caso que el accionante si cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, esto es, una pérdida de la capacidad laboral del 61.60% y 141,62 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensión, durante los últimos tres (3) años anteriores a la fecha real de estructuración de su invalidez.

b) La falta de reconocimiento del pago de los retroactivos al actor afecta su mínimo vital, puesto que manifestó en el escrito de tutela que debido a su condición de discapacidad tan avanzada ya no puede trabajar. Se evidenció por parte de la Corte que la entidad accionada incurrió en una conducta antijurídica que afectó los derechos fundamentales del accionante, puesto que los medios económicos necesarios para su subsistencia han estado ausentes, por cuenta de la injustificada omisión de COLPENSIONES para reconocer su pensión de invalidez.

36. En relación con el pago de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales solicitado en el escrito de tutela, la Sala no accederá a dicha pretensión pues la falta de reconocimiento del pago de los mismos no afecta el mínimo vital del actor y además se trata de un asunto que debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria en caso de existir litigio sobre el mismo.

B. Expediente T-5.497.028

La señora Jenny Milena Vargas Hernández formuló, a través de agente oficiosa, acción de tutela contra el Fondo de Pensiones COLFONDOS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad, generada por la negativa de la entidad accionada a reconocer su pensión de invalidez, por no acreditar los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esto es, no haber demostrado la cotización de 50 semanas entre el 29 de mayo de 2011 y el 29 de mayo de 2014. Bajo ese entendido, solicitó se ordene a la parte demandada que reconozca y pague su pensión de invalidez.

Durante el trámite procesal, la entidad accionada no contestó la solicitud de amparo, por lo

que la Sala dará aplicación a la presunción de veracidad de los hechos expuestos por la actora conforme al artículo 20 del decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación.

37. A continuación la Sala entra a realizar el estudio de este caso en concreto. Para tal efecto, en primer lugar verificará los hechos que se encuentran debidamente probados, para a continuación establecer si COLFONDOS vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante.

38. Ahora bien, en el presente caso encuentra la Sala probados los siguientes hechos:

i) La accionante nació el 15 de julio de 1986 y actualmente tiene 30 años de edad[103] y vive con su mamá, su hermano y su hermana. Adicionalmente, se desempeñaba como trabajadora independiente de profesión fisioterapeuta y se encuentra vinculada desde julio del año 2013 a la EPS COMPENSAR y en pensiones al Fondo de Pensiones COLFONDOS.

ii) La agenciada desde enero de 2014, se empezó a sentir enferma y su cara se inflamó. Realizados los exámenes médicos correspondientes determinaron que padecía de creatinina alta y eliminación de proteínas en la orina y le diagnosticaron nefropatía por IGA, en estado cinco “terminal”, por lo que le ordenaron diálisis inmediata a la espera de encontrar un donante para realizarle un trasplante de riñón[104].

iii) El 31 de marzo de 2015, se realizó la cirugía de trasplante de riñón, lo que le generó más de 180 días de incapacidad, por tal razón, fue remitida al Fondo de Pensiones COLFONDOS con la finalidad de que dicha entidad calificara la pérdida de su capacidad laboral.

iv) El Fondo de Pensiones COLFONDOS mediante dictamen número 3101673 del 8 de marzo de 2015[105], determinó que la accionante tenía un 61.28% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración de la invalidez el 29 de mayo de 2014 y origen común.

v) COLFONDOS objetó la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con fundamento en que la agenciada no cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, es decir, entre el 29 de mayo de 2011 y el 29 de mayo de 2014. En

su lugar, le sugirió a la accionante acceder a la devolución de saldos por invalidez, de conformidad con el artículo 72 de la Ley 100 de 1993[106].

vi) Cotizó desde julio de 2013 hasta noviembre de 2015, para un total de 125,29 semanas de aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones[107], es decir, realizó cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

39. Para esta Sala de Revisión, la entidad accionada desconoció a la accionante sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, con su decisión de negar la pensión de invalidez a la actora, pues desconoció las reglas jurisprudenciales construidas por esta Corte en relación con el reconocimiento de la pensión de invalidez a personas que sufren enfermedades crónicas y degenerativas y a las que se les ha establecido una fecha de estructuración de la invalidez con carácter retroactivo y que han efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con posterioridad a la configuración de la enfermedad.

Conforme a lo expuesto, la señora Jenny Milena Vargas Hernández cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde julio del 2013 hasta noviembre de 2015 y su fecha de estructuración fue el 29 de mayo de 2014, establecida mediante dictamen No. 3101673 del 8 de marzo de 2015.

Bajo ese entendido, COLFONDOS debió reconocerle a la accionante la pensión de invalidez que reclamaba, puesto que no obstante haberse estructurado su invalidez desde el 29 de mayo de 2014, realizó aportes desde el año 2013, hasta noviembre del 2015, es decir que para el momento en que fue resuelto de forma negativa el reconocimiento de su pensión de invalidez (el 10 de junio de 2015) contaba con un total de 102.96 semanas. Incluso, posteriormente continuó cotizando, pues el sistema registró un número total de 125.29 semanas.

Para la Sala, el momento en que la actora perdió su capacidad laboral de manera total se materializó con la solicitud de reconocimiento pensional ante COLFONDOS, resuelta el 10 de junio de 2015.

40. En ese orden de ideas, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez

son:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.”

41. Considera esta Sala de Revisión, que la accionante es titular de la pensión de invalidez y esta ha sido desconocida por COLFONDOS, por lo que su derecho a la seguridad social fue vulnerado. En efecto, la entidad accionada debió reconocer y pagar la pensión de invalidez, puesto que de las pruebas allegadas al proceso se infiere que la señora Jenny Milena Vargas Hernández cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la prestación pensional, como se expone a continuación:

i) Tiene una pérdida de capacidad laboral del 61.28%, según el dictamen número 3101673 del 8 de marzo de 2015, emitido por COLFONDOS,

ii) a la fecha de resolución de su solicitud de reconocimiento pensional acreditó 102.96 semanas cotizadas al sistema de seguridad social, durante los tres (3) años anteriores a la misma y la norma mencionada anteriormente solo exige 50 semanas cotizadas en ese periodo de tiempo.

La negación de esta prestación social por parte de la entidad accionada, tiene un grave impacto en el mínimo vital del accionante, razón por la cual está acreditada la vulneración a los derechos fundamentales invocados y procede la protección constitucional solicitada. En

consecuencia, la Sala ordenará a COLFONDOS, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar al accionante la pensión de invalidez, conforme a los artículos 39 y siguientes de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

42. De otra parte, considera la Sala necesario referirse en torno a la sugerencia realizada por la entidad accionada a la usuaria, relacionada con la devolución de saldos por invalidez con base en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, pues en este caso, tal actuación constituyó una violación del derecho fundamental de acceso a la información de la accionante, como pasa a verse a continuación.

Esta Corporación en sentencia T-885 de 2014[108], definió en términos generales el derecho de acceso a la información con fundamento en la Ley 1712 de 2014[109], la cual, en su artículo 4º establece que:

“(…) toda persona puede conocer sobre la existencia y acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados. El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.

El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible a las solicitudes de acceso, lo que a su vez conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos” (Negritas fuera de texto).

De la misma manera, el literal a) del artículo 5º de la Ley estatutaria mencionada anteriormente, establece como sujetos obligados a brindar de manera oportuna y eficiente la información a “Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital (...)”.

Las obligaciones que se derivan, para las entidades públicas en esta materia, giran a partir de esa ley, en torno a:

- a. Disponibilidad de la información, es decir, debe estar a disposición del público la información pública a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica[110].
- b. Proporcionar apoyo a los usuarios y ofrecer toda clase de asistencia en relación con los trámites y servicios públicos que ofrezcan[111].
- c. Divulgar la información con criterio diferencial de accesibilidad, en tal sentido deberá asegurarse el acceso a la información de los distintos grupos étnicos y culturales del país, a través de su divulgación en diversos idiomas, lenguas y en formatos alternativos comprensibles para dichos grupos. Además, están obligados a la adecuación de los medios de comunicación para la mejor comprensión de personas en situación de discapacidad[112].

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 1724 de 2014, establece el deber de la Procuraduría General de la Nación, de velar por el adecuado cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la mencionada norma.

43. Conforme a lo expuesto, las sociedades administradoras de fondos de pensiones, en ejercicio de función pública derivada de su participación en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, deben garantizar el derecho fundamental a la información por parte de los afiliados, bajo estrictos criterios de buena fe, veracidad y a través de mecanismos que garanticen la accesibilidad diferencial, en especial para personas que se encuentran en situación de discapacidad.

44. Ahora bien, la sugerencia realizada por COLFONDOS a la señora Jenny, en el sentido de acogerse a la devolución de saldos ante la objeción presentada por esa entidad a su solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, desconoció su derecho fundamental de acceso a la información, pues la demandada presentó un contenido informativo a la usuaria con la capacidad suficiente para inducirla a error, con lo que se apartó de la obligación cualificada de observar los principios de buena fe y el acceso diferencial derivado de la grave condición médica de la afiliada.

En efecto, quedó demostrado que la entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez a la usuaria, con desconocimiento manifiesto de las reglas jurisprudenciales edificadas por esta Corporación, por lo que, la accionante cumplía con los requisitos para acceder a la prestación pensional. De esta suerte, no le era aplicable el artículo 72 de la Ley 100 de 1993 y la sugerencia de solicitar la devolución de saldos, es una actuación que induce en error a la actora, pues de materializarse la elección de la opción propuesta por la administradora de pensiones, implicaría la renuncia de su derecho pensional, lo cual terminaría por agravar aún más su delicada situación y generaría un déficit de protección de sus garantías fundamentales que en todo caso debe ser prevenido por esta Corporación.

45. Con base en lo expuesto, la Sala ordenará a COLFONDOS que en adelante se abstenga de sugerir a quienes soliciten el reconocimiento de su pensión de invalidez, acogerse la devolución de saldos por invalidez contenida en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, cuando existe duda sobre la existencia del derecho.

Conclusiones

La Sala responde al problema jurídico formulado de la siguiente manera:

46. En el expediente T-5.516.581, COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales del actor porque no podía negar el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en la falta de acreditación de semanas con anterioridad a la fecha de estructuración, pues para ese momento tenía seis (6) años de edad y además, se trataba de enfermedades crónicas y progresivas, que le permitieron al usuario realizar aportes con posterioridad a la estructuración de su invalidez, las cuales debieron ser tenidas en cuenta al momento de resolver su solicitud.

En el caso del expediente T-5.497.028, COLFONDOS desconoció los derechos fundamentales de la señora Jenny Milena Vargas Hernández, al negarle la pensión de invalidez con base en la supuesta falta de acreditación de los requisitos legales, en especial, la falta de semanas cotizadas durante los 3 años anteriores a la configuración de su incapacidad, no obstante la accionante acreditó que realizó aportes con posterioridad a la estructuración de su invalidez.

47. A tal conclusión llegó la Sala luego de reiterar las reglas jurisprudenciales de procedencia de la acción de tutela para reclamar derechos pensionales, cuando los mecanismos ordinarios no son idóneos ni eficaces; o se pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

48. De igual manera, se reiteró la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho fundamental a la seguridad social, su carácter constitucional y la íntima relación que guarda con el derecho fundamental al mínimo vital, por lo que en su garantía cuando se trata de personas en condición de discapacidad, adquiere una indiscutible relevancia constitucional.

49. La Sala estableció que en ocasiones no existe identidad entre la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro efectivo y material del mercado laboral del trabajador, puesto que se trata de padecimientos que se agravan paulatinamente en el tiempo debido a su naturaleza crónica y degenerativa, lo que implica que realizó cotizaciones con posterioridad al momento médico en que se estableció su incapacidad laboral. En estos casos la fecha de estructuración jurídica de la invalidez surge el día en que la persona pierde de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, es decir, hasta cuando presentó su solicitud de reconocimiento pensional, lo que implica que las instituciones encargadas del reconocimiento pensional deben tener en cuenta los aportes a pensiones realizados con posterioridad a la fecha de estructuración determinada por la Junta de Calificación de Invalidez, cuando el trabajador ha realizado cotizaciones por largos periodos de tiempo.

En otras palabras, en materia de pensión de invalidez los fondos administradores de pensiones al momento de resolver sobre el reconocimiento de ese derecho pensional, están en la obligación constitucional y legal de establecer o verificar las cotizaciones realizadas por el solicitante con posterioridad a la fecha de la estructuración de su enfermedad o accidente, para tenerlas en cuenta al proferir la decisión respectiva.

Decisión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- En relación con el expediente T-5.516.581, REVOCAR la sentencia del 14 de enero de 2016, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta Civil, Familia, que a su vez había confirmado la sentencia del 25 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Barranquilla. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Martín Marín Hernández.

Segundo.- ORDENAR a COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar al accionante la pensión de invalidez, conforme a los artículos 39 y siguientes de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Tercero.- ORDENAR a COLPENSIONES que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar al actor los retroactivos que no hayan prescrito para su cobro.

Cuarto.- En relación con el expediente T-5.497.028, REVOCAR la sentencia del 14 de diciembre de 2015, proferida en única instancia por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Jenny Milena Vargas Hernández.

Quinto.- ORDENAR a COLFONDOS que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar a la accionante la pensión de invalidez, conforme a los artículos 39 y siguientes de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Sexto.- ORDENAR a COLFONDOS que de manera inmediata se abstenga de hacer sugerencias a los usuarios que soliciten el reconocimiento de su pensión de invalidez, relacionadas con acogerse a la devolución de saldos por invalidez con base en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, cuando la existencia del derecho se considere dudosa.

Séptimo.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 2 cuaderno de revisión.

[2] Folios 1 y 23 cuaderno principal que contiene fotocopia de la cédula de ciudadanía número 8.531.915 que pertenece al actor.

[3] Folio 1 v cuaderno principal.

[4] Ibídem.

[5] Folio 27 cuaderno principal.

[6] Folio 1v cuaderno principal.

[7] Folio 33-34 del cuaderno principal.

[9] Folio 2v. cuaderno principal.

[10] Folio 2v cuaderno principal.

[11] Folios 2v-3 cuaderno principal.

[12] Folio 3 cuaderno principal.

[13] Folio 44 cuaderno principal.

[14] Folios 38-43 del cuaderno principal.

[15] Folio 3v del cuaderno principal.

[16] Folios 5v y 6 cuaderno principal.

[17] Esta decisión fue comunicada mediante oficio No. 1492 del 15 de septiembre de 2015, visible a folio 67 del cuaderno principal.

[18] Folios 51-52 cuaderno principal.

[19] Folio 52 del cuaderno principal.

[20] Folios 6-9 cuaderno de segunda instancia.

[21] Folio 8v cuaderno de segunda instancia.

[22] Folio 22 cuaderno de revisión.

[23] Folios 24 y 24v cuaderno de revisión.

[24] Información contenida en la página <http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Cliente/WebPublico/Consultas/D04AfilacionesPersonaRUAF.aspx>, consultada el 9 de agosto de 2012.

[25] Información contenida en la página <http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Cliente/WebPublico/Consultas/D04AfilacionesPersonaRUAF.aspx>, consultada el 9 de agosto de 2012.

[26] Folios 23-30 cuaderno principal.

[27] Folio 77v. cuaderno principal.

[28] Folios 31-35 cuaderno principal.

[29] Folios 133-134 cuaderno principal.

[30] Folios 150-153 cuaderno principal.

[31] Folio 152v cuaderno principal.

[32] Ver entre otras, Sentencias T-549 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldan, T-777 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[33] Folio 2 cuaderno principal.

[34] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[35] Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley.

[36]https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20537#Ancla_1

[37] M.P. Fabio Morón Díaz.

[38] M.P. Fabio Morón Díaz

[39] Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

[40] Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[41] Sentencia T-485 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[42] Sentencias T-1009 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-299 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

[43] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] Sentencias T-526 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño. y T-692 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño

[45] Sentencia T-654 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[46] M.P. María Victoria Calle Correa

[48] Folio 27 cuaderno principal.

[49] Folio 3 cuaderno principal.

[50] Folio 22 cuaderno de revisión.

[51] Folio 33 cuaderno principal.

[52] Folio 3 cuaderno principal.

[53] Folio 3 cuaderno principal.

[54] Folio 44 cuaderno principal.

[55] Artículo 26 Ley 100 de 1993.

[56] Sentencia T-031 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[57] Aclara la Sala que la argumentación presentada no desnaturaliza la esencia de la institución de la revocatoria directa, la cual de ninguna manera configura un instrumento para revivir términos y su procedibilidad es excepcional y está condicionada a la acreditación de las específicas causales contenidas en el artículo 93 del C.P.A.C.A.

[58] Sentencias T - 800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T - 436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T - 108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

Sentencias T - 800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T- 859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

[60] Sentencias T - 328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T- 456 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda

Espinosa, entre otras.

[61] Folios 38-39 cuaderno principal.

[62] Ver, entre otras, las sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010, reiterado en sentencia T-230 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

[63] Sentencia T-021 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[64] Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

[65] Sentencia T-021 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[66] Sentencia T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[67] Sentencia T-1318 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. reiterado en sentencia T-468 de 2007 con ponencia del mismo Magistrado. Ver también sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-713 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[68] Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 19 El derecho a la seguridad social (Artículo 9), 39ª período de sesiones 5 - 23 de noviembre de 2007. Ginebra. Párrafo 1.

[69] Ibídem párrafo 2.

[70] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

[71] El artículo en mención 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.”

[72] El artículo en mención establece: “Para efectos de la calificación de la invalidez, los calificadores se orientarán por los requisitos y procedimientos establecidos en el presente manual para emitir un dictamen. Deben tener en cuenta que dicho dictamen es el

documento que, con carácter probatorio, contiene el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad permanente parcial, la invalidez o la muerte de un afiliado y debe fundamentarse en:

a) Consideraciones de orden fáctico sobre la situación que es objeto de evaluación, donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar al accidente, la enfermedad o la muerte, indicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar dentro de las cuales sucedieron; y el DIAGNOSTICO CLINICO de carácter técnico-científico, soportado en la historia clínica, la historia ocupacional y con las ayudas de diagnóstico requeridas de acuerdo con la especificidad del problema.

b) Establecido el diagnóstico clínico, se procede a determinar la PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL del individuo, mediante los procedimientos definidos en el presente manual. En todo caso, esta determinación debe ser realizada por las administradoras con personal idóneo científica, técnica y éticamente, con su respectivo reconocimiento académico oficial. En caso de requerir conceptos, exámenes o pruebas adicionales, deberán realizarse y registrarse en los términos establecidos en el presente manual.

c) Definida la pérdida de la capacidad laboral, se procede a la CALIFICACION INTEGRAL DE LA INVALIDEZ, la cual se registra en el dictamen, en los formularios e instructivos que para ese efecto expida el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cuales deben registrar por lo menos: el origen de la enfermedad, el accidente o la muerte, el grado de pérdida de la capacidad laboral causado por el accidente o la enfermedad, la fecha de estructuración de la invalidez y la fundamentación con base en el diagnóstico y demás informes adicionales, tales como el reporte del accidente o el certificado de defunción, si fuera el caso.

d) El dictamen debe contener los mecanismos para que los interesados puedan ejercer los recursos legales establecidos en las normas vigentes, con el objeto de garantizar una controversia objetiva de su contenido en caso de desacuerdo, tanto en lo substancial como en lo procedimental.

PARAGRAFO. Las consecuencias normales de la vejez, por sí solas, sin patología sobreagregada, no generan deficiencia para los efectos de la calificación de la invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social. En caso de co-existir alguna patología con dichas

consecuencias se podrá incluir dentro de la calificación de acuerdo con la deficiencia, discapacidad y minusvalía correspondientes.”

[73] Sentencia T - 424 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[74] Artículo 7 del Decreto 917 de 1999.

[75] Sentencia T - 561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[76] Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá 1967. Pág. 725. Citada a su vez en la sentencia de esta Corporación T - 561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[77] Sentencia T - 697 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-713 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[78] Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[80] Sentencia T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[81] M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[82] M.P. María Victoria Calle.

[83] M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[84] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[85] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[86] Al respecto ver las sentencias T-737 de 2015, T-065 de 2016 ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y la T-080 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

[87] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

[88] Sentencia T-825 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

[89] Folio 23 cuaderno principal que contiene la cédula de ciudadanía número 8.531.915 que pertenece al actor.

[90] Folio 38-43 certificación expedida por el ISS periodo de informe desde enero de 1967 hasta agosto de 2010.

[91] Folios 33-37 cuaderno principal que contienen las resoluciones que negaron la pensión de invalidez del accionante, en las que se hace referencia al dictamen que calificó la pérdida de capacidad laboral.

[92] Folio 27 cuaderno principal.

[93] Folios 33-37 cuaderno principal.

[94] Conforme al dictamen médico laboral sobre invalidez emitido por el doctor Jorge Luis Rivera, medico laboral del ISS, del 8 de septiembre de 2008. (fol. 33 cuaderno principal)

[95] BERMÚDEZ, Katherine, Principios de norma más favorable, condición más beneficiosa e indubio pro operario. Universidad Externado de Colombia, año 2015, Bogotá, p.17. A tales principios en el derecho laboral, se les ha reconocido una triple función: “a) Una función informadora porque inspiran al legislador o al intérprete, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico. // b) Una función normativa porque actúan como fuentes supletorias en caso de ausencia de ley. Son medios de integrar el Derecho. // c) Una función interpretadora porque operan como criterio orientados del juez o del intérprete. Y además, como criterio de inspiración o información de la norma”. Citada en la sentencia T-737 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[96] “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la

seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

[97] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de quince (15) de febrero de dos mil once (2011). Exp.: 40662. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

[98] Ídem.

[99] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

[100] M.P. María Victoria Calle

[101] Según el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS y que obra a folios 38-43 del cuaderno principal.

[102] Sentencia T-421 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[103] Folio 75 del cuaderno principal que contiene fotocopia de la cédula de ciudadanía número 1.015.996.053 que pertenece a la accionante.

[104] Folios 31-60 cuaderno principal que contiene la historia clínica.

[105] Folios 23-30 cuaderno principal.

[106] Folio 77v. cuaderno principal.

[107] Folios 31-35 cuaderno principal.

[108] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[109] Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

[110] Artículo 7 Ley 1712 de 2014

[111] Artículo 7 ibídem.

[112] Artículo 8 ibídem.