

Sentencia T-475/15

PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento a persona que sufre enfermedad congénita degenerativa

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ EN CASO DE ENFERMEDADES CRONICAS, DEGENERATIVAS O CONGENITAS-Debe determinarse la fecha real o material de estructuración de pérdida de capacidad laboral

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Subreglas y elementos

La Corte ha establecido dos subreglas para el reconocimiento de derechos pensionales a través de la acción de tutela. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, para ello es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. En este tipo de casos, de existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no es obligatorio iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de amparo, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio. En segundo lugar, la tutela se puede interponer como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo. En esta hipótesis es preciso demostrar que la acción constitucional es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Este, se caracteriza, según la jurisprudencia: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden

social justo en toda su integridad. Debe repararse en que, para la procedencia material de la acción de tutela, cuando con ella se intenta proteger un derecho de naturaleza pensional, la Corte Constitucional ha exigido la acreditación de los siguientes elementos: (i) la existencia y titularidad del derecho reclamado, (ii) un grado importante de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado; y (iii) la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho prestacional

PENSION DE INVALIDEZ DE UN AFILIADO QUE PADECE ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Caso en que se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva

Para la Sala es importante precisar que en los casos de estudio de reconocimiento de una pensión de invalidez de un afiliado que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se debe tener en cuenta los aportes realizados al sistema, hasta el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, entendiendo que esta coincide con la situación material de la persona

PENSION DE INVALIDEZ-Juez de tutela debe evaluar, con fundamento en las pruebas, si es determinable la fecha material o real de configuración de la invalidez

El juez deberá evaluar si (i) encuentra los elementos de juicio que permitan establecer si la persona reúne los requisitos tanto formales como materiales de acceso a la pensión; y si se debe optar por (ii) apartarse de la fecha establecida en el dictamen de calificación de invalidez, por encontrar que existen inconsistencias que no permiten establecer con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, pues, ésta, no corresponde a la situación médica y laboral de la persona. Frente al posible reconocimiento de la pensión de invalidez la Sala encuentra importante recordar y precisar que en relación con el requisito de densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, no se establece el cálculo o cómputo de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Contrario a esta posible deducción, lo que prescribe la jurisprudencia constitucional, es que el dictamen emitido por la junta de calificación o el órgano que emite el concepto, se aparte de la realidad, razón por la cual, el juez de tutela, con fundamento en los elementos probatorios del caso, deberá evaluar si es determinable la

fecha material o real de configuración de la invalidez, para consecuentemente realizar el cálculo de las semanas cotizadas con base en esta fecha. En tal caso, la fecha de estructuración real o material que se pudiere determinar por el juez, puede no coincidir con la fecha ficta de estructuración inicialmente fijada por el dictamen que se desvirtúa, siendo incluso posterior a éste último, pero en todo caso anterior al momento de estructuración real de la pérdida de capacidad laboral.

PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION-Se ha entendido que la fecha establecida por los organismos calificadores de la invalidez es ficta y el Juez puede desvirtuarla a favor del beneficiario

La Sala recuerda que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido de forma reiterada, coherente y decantada, en múltiples pronunciamientos, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez. Por estas consideraciones, se ha entendido que la fecha establecida por los organismos calificadores de la invalidez es ficta y el juez puede desvirtuarla a favor del beneficiario. Se encuentra que la entidad accionada determinó que la fecha de estructuración de la invalidez era el 12 de mayo de 2008, sin embargo, en el resumen de aportes al sistema pensional allegado al proceso se evidencia que la actora realizó cotizaciones con posterioridad a dicha fecha. Por su parte la accionante alega que debido a su invalidez no pudo seguir trabajando, razón por la que solicitó la calificación. Al respecto, la Sala encuentra que la demandante perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva solamente hasta el momento en el que solicitó su calificación de pérdida de capacidad laboral, razón por la que se tomará como fecha real de estructuración de su invalidez la de la recepción y elaboración del dictamen final de pérdida de capacidad laboral (16 de enero de 2009) pues se corresponde con su historial laboral y con la evidencia probatoria aportada al proceso. Una vez determinada la fecha real de estructuración de la invalidez, la Sala encuentra que la señora María Eugenia Lopera Arias cuenta con 79,57 semanas de cotización al sistema (entre el 16 de enero de 2009 y el 16 de enero de 2006) razón por la que cumple con el requisito previsto en el artículo 1º de la ley 860 de 2003. En consecuencia, al encontrar probado que la demandante reúne los requisitos para obtener la prestación solicitada, esta Sala revocará las decisiones de instancia y ordenará a la AFP Porvenir S.A., el reconocimiento y pago de la pensión de

invalidez dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia

Referencia: expediente T-4.919.544

Acción de tutela instaurada por María Eugenia Lopera Arias contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

Magistrada Ponente (e):

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, el magistrado Mauricio González Cuervo y la magistrada (e) Myriam Ávila Roldán, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Quince (15) Civil Municipal de Medellín el primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014), en primera instancia, y por el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito de Medellín el cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos y la demanda.[1]

1.1 La ciudadana María Eugenia Lopera Arias, de 48 años de edad, padece de “C.I.V. (comunicación interventricular)”, enfermedad congénita, así como de “ductus arterioso”, “hemoptisis, síndrome de eisenmenger” y de “hipertensión pulmonar severa” que le obliga a proveerse artificialmente de oxígeno durante las 24 horas del día. Estas patologías afectan el flujo de la sangre al corazón y como consecuencia destruyen los pulmones.

1.2 El 11 de junio de 2008, le fue practicada a la accionante una cirugía de tumor cerebral a

raíz de un acceso cerebral causado por una endocarditis bacteriana, razón por la que ha sido incapacitada en diferentes oportunidades.

1.3 La demandante afirma que se afilió al sistema general de pensiones desde el 18 de octubre de 1995 a la AFP BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías S.A.-, actualmente AFP Porvenir Pensiones y Cesantías, como trabajadora dependiente. Sostiene que debido al progresivo deterioro de su estado de salud, sus cotizaciones han sido discontinuas.

1.4 El 12 de septiembre de 2008 la IPS Universitaria –Servicio de Salud de la Universidad de Antioquia–, le dictaminó 109 días de incapacidad por las patologías de origen común que padecía. Adicionalmente, la remitió para la calificación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, y para el eventual trámite de la pensión de invalidez.

1.5 El 16 de enero de 2009, BBVA Seguros de Vida Colombia, emitió dictamen médico-laboral en el que determinó que la accionante contaba con un 73,8% de pérdida de su capacidad laboral, con fecha de estructuración el 12 de mayo de 2008, a raíz de su enfermedad de origen común.

1.6 Por el hecho anterior, la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez a la AFP BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías, quien le negó la prestación mediante comunicación del 6 de agosto de 2009. La entidad adujo que la solicitante no cumplía con los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003, debido a que no contaba con 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

1.7 El 11 de diciembre de 2009, la demandante solicitó al Fondo de Pensiones que reconsiderara su decisión. Sin embargo, el 15 de abril de 2010 la entidad nuevamente negó la petición, y señaló que la peticionaria solamente contaba con 41,71 semanas de aportes dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Agregó que, adicionalmente, no era posible tener en cuenta 8,85 semanas de las 41,71 porque el empleador no las había pagado oportunamente, razón por la que en definitiva solamente contaba con 30,29 semanas en el sistema.

1.8 La demandante alega que se encuentra en una situación de vulnerabilidad grave pues no puede cubrir sus necesidades más básicas, incluida la atención en salud para el

tratamiento de las patologías que padece. Agrega, que uno de sus hermanos ha asumido su manutención durante largos períodos de tiempo, pero que le resulta imposible seguir con tal carga pues cuenta con su hogar propio, del cual debe hacerse responsable.

1.9 Sostiene que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral no determinó la fecha real de estructuración de su invalidez pues siguió trabajando y aportando al sistema de pensiones con posterioridad a la emisión del mismo. Por tal razón, solicita que sean tenidas en cuenta como válidas aquellas semanas que aportó hasta el momento en el que realmente no pudo seguir trabajando, el cual corresponde, en su criterio, al momento en el que se expidió el dictamen en el que se determinó su invalidez.

2. Solicitud de tutela.

2.1 Con base en los hechos descritos, la señora María Eugenia Lopera Arias, mediante apoderado judicial, solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales consideró vulnerados por la AFP Porvenir Pensiones y Cesantías S.A., quien le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Como consecuencia del amparo, pretende que se ordene a la entidad el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que alega tiene derecho, así como el pago de las mesadas que se causaron desde el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación.

2.2 La accionante sostiene que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas la entidad encargada de reconocer la pensión de invalidez debe tener en cuenta los aportes efectuados hasta el momento en el que la persona efectivamente perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva.

3. Respuesta de la AFP Porvenir S.A.

La AFP Porvenir S.A., en escrito del 25 de febrero de 2014 contestó la acción de tutela solicitando que se negara o que se declarara la improcedencia del amparo. Argumentó que en el caso de la señora Lopera Arias, se había surtido todo el trámite previsto para el reconocimiento de la pensión de invalidez según lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 100

de 1993. Explicó que la accionante fue debidamente calificada, que posteriormente se realizó el análisis del cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión, y que finalmente se resolvió negar la solicitud por encontrar que la peticionaria no cumplía con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

Adicionalmente, sostuvo que la actora decidió seguir cotizando para la pensión de vejez, y agregó que si la actora pretendía un nuevo reconocimiento de la pensión de invalidez debía iniciar nuevamente el procedimiento toda vez que habían transcurrido más de 2 años desde que se dictaminó la pérdida de capacidad laboral.

Finalmente, afirmó que debía declararse la improcedencia de la tutela debido a que habían transcurrido más de 5 años y 3 meses (agosto de 2009) desde que la entidad accionada había rechazado la solicitud de pensión presentada por la demandante.

3. Del fallo de primera instancia

La acción de tutela fue conocida en primera instancia por el Juzgado 15 Civil Municipal de Medellín, quien en providencia del 1° de diciembre de 2014 decidió negar la solicitud de amparo constitucional. Al respecto, sostuvo que a pesar de que la acción constitucional era procedente porque se trataba de un sujeto de especial protección constitucional, al analizar el caso concreto no se evidenciaba ningún riesgo de perjuicio irremediable debido a que los hechos generadores de la presunta vulneración de derechos ocurrieron en el mes de abril de 2010, sin que la accionante hubiere recurrido a la vía ordinaria para controvertir su solicitud de pensión, o a la acción de tutela para proteger sus derechos.

Por lo anterior, concluyó que en este evento no se cumplía con el requisito de inmediatez, pues en el expediente no obraba prueba que justificara la inacción de la demandante para acudir a la acción de tutela de forma inmediata, y por tal motivo quedaba desvirtuado el carácter subsidiario y transitorio de la misma. Argumentó, que si la accionante había soportado durante 5 años las consecuencias de la negativa al reconocimiento de su pensión de invalidez, no se encontraban elementos de juicio para ahora fuera protegida transitoriamente.

4. De la impugnación

4.1 Inconforme con la anterior decisión, la parte actora presentó escrito de impugnación el día 11 de diciembre de 2014. Sostuvo que en relación con el requisito de inmediatez, el juez de primera instancia debió observar que el perjuicio que se le estaba causando a la actora era permanente en el tiempo, y que la vulneración continuaba en la actualidad. Enfatizó que para el caso de la accionante, exigir dicho requisito era irrazonable pues su situación de salud ha empeorado con el paso del tiempo, debido al carácter degenerativo y progresivo de su patología, razón por la que actualmente es oxígeno dependiente las 24 horas del día y ha estado sin pensión desde el año 2009, fecha de su calificación por invalidez.

4.2 En este sentido, argumentó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez cuando “se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.” Esta misma situación se presenta cuando “la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez, por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.”

4.3 Respecto a la subsidiaridad de la tutela, señaló que en su momento sí había iniciado el correspondiente proceso laboral, mediante un abogado diferente al que ahora representaba sus intereses. Sostuvo que este proceso se había originado en el año 2010, un año aproximadamente después de la fecha de calificación. Para sustentar esta afirmación anexó los documentos de consulta de procesos en donde constan las actuaciones de dicho proceso.

Explicó que la demanda ordinaria presentada fue rechazada por el juzgado competente y archivada definitivamente, debido a que el abogado a quien había confiado la defensa de sus intereses jurídicos, engañosamente le manifestaba que le estaba haciendo seguimiento a su proceso, lo cual era falso. Alega que confió en aquel profesional del derecho, quien al final incumplió con sus obligaciones y responsabilidades.

4.4 Finalmente, aseveró que se encuentra en una situación de precariedad absoluta pues depende del suministro de oxígeno las 24 horas del día, sin poder realizar ningún tipo de

labor por su enfermedad, razón por la que se hace urgente el amparo de sus derechos fundamentales.

5. Del fallo de segunda instancia

En providencia del 4 de febrero de 2015, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, decidió confirmar el fallo impugnado. Sobre su decisión indicó que a pesar de que la parte actora aportó las pruebas según las cuales inició el proceso ordinario laboral el 21 de junio de 2010, y que este no prosperó debido a las omisiones del abogado que la representó en la causa, éstas no eran razones para justificar la falta de diligencia de la propia interesada para promover la acción de tutela en un término razonable, el cual superó los 5 años desde el momento en el que se le comunicó la negativa o el rechazo de su solicitud de pensión de invalidez.

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión.

2.1 La Sala examina el expediente de la referencia, en el que la entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por la accionante, bajo el argumento de que no cumplía el requisito establecido en el artículo 1º de la ley 860 de 2003, según el cual, debía aportar por lo menos 50 semanas de cotizaciones dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

2.2 Tratándose de este asunto, la Sala debe resolver si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales de la señora María Eugenia Lopera Arias al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, por, supuestamente, incumplir el requisito de cotización de las 50 semanas al sistema pensional dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, pese a que padece una enfermedad congénita, que es degenerativa y de deterioro progresivo.

2.3 Para resolver esta problemática, la Sala deberá establecer si la decisión de la entidad accionada es acertada, teniendo en cuenta que en este caso: (i) la accionante padece una enfermedad crónica, degenerativa y de deterioro progresivo; (ii) que a pesar de su enfermedad, conservó su capacidad laboral y continuó aportando al sistema pensional con posterioridad a la fecha determinada como de estructuración de su invalidez; y (iii) que esta última fecha se fijó en forma retroactiva.

2.4 Con base en estas precisiones, la Sala encuentra necesario reiterar los siguientes aspectos tratados en la jurisprudencia de la Corte: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez; y (ii) las reglas respecto al reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde debe determinarse la fecha real o material de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Una vez delimitadas las anteriores subreglas jurisprudenciales que constituyen el marco jurídico-decisional aplicable al caso que se examina, (iii) se analizará el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela para el amparo de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia.[2]

3.1 La Corte ha señalado de manera reiterada que, por regla general, la tutela no procede para ordenar el reconocimiento de pensiones. Generalmente, para estos propósitos, existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones. Para esta Corporación, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.[3] Sin embargo, también se ha precisado que excepcionalmente la acción de tutela procede para salvaguardar bienes cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial resulten insuficientes para la defensa de los intereses perseguidos.[4]

3.2 En particular, la Corte ha establecido dos subreglas para el reconocimiento de derechos pensionales a través de la acción de tutela. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, para ello es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. En este tipo

de casos, de existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no es obligatorio iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de amparo, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.[5]

En segundo lugar, la tutela se puede interponer como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo. En esta hipótesis es preciso demostrar que la acción constitucional es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Este, se caracteriza, según la jurisprudencia: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

3.3 En sentencia T-112 de 2011[6] esta Corte señaló que el juez debe examinar la situación fáctica de cada caso en concreto, además de las situaciones especiales en que se encuentre la persona que reclama el amparo constitucional, ya que si se trata de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente.[7]

4. El derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Reiteración jurisprudencial.[10]

Esta Corte ha reconocido en múltiples pronunciamientos, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, en relación con su derecho a la pensión de invalidez.[11] En particular, la Corte ha precisado que existe un problema en la determinación real o material de la pérdida de capacidad laboral de las personas que sufren este tipo de enfermedades, pues para acceder a tal pensión se exige como requisito esencial que la persona esté calificada con pérdida definitiva y permanente respecto a su capacidad para laborar.

4.1 En este sentido el régimen legal para acceder a la pensión de invalidez se encuentra

prescrito en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”[12]

La disposición citada establece como supuesto fáctico que los 3 años anteriores para completar las 50 semanas requeridas se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado, que le es imposible seguir cotizando al sistema pensional. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las entidades señaladas por la ley como competentes para el tema.[13]

En el caso de enfermedades o accidentes tanto de origen común como laboral, que conducen a una pérdida de capacidad permanente y definitiva, generalmente la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho establecido en los dictámenes de calificación médica. Sin embargo, existen casos en los que la fecha de la pérdida de capacidad es diferente a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Esta última situación es la que se presenta respecto a las personas con pérdida de capacidad laboral de forma paulatina y progresiva. Frente a estos casos esta Corporación ha evidenciado que las calificaciones de invalidez realizadas por las juntas u organismos competentes para elaborar estas experticias, se determinan generalmente con base en la fecha en la que se presentó el primer síntoma de la enfermedad, o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de la enfermedad. Empero, en este tipo de enfermedades dichas calificaciones no corresponden de manera cierta al momento en el que la persona pierde la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, tal y como lo exige la normatividad que regula la pensión de invalidez.[14] En consecuencia, se genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez en tanto la fecha en la que se dictamina la estructuración de su pérdida de capacidad laboral no corresponde con el momento real en el que estas no pueden seguir trabajando.[15]

4.2 Así las cosas, esta Corte ha reconocido en múltiples pronunciamientos, la especial protección que requieren las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez.[16]

En estas situaciones, como la enfermedad tiene efectos paulatinos y progresivos, la persona puede seguir con su actividad laboral con relativa normalidad, hasta que, por su situación de salud, le resulta imposible seguir laborando y en consecuencia continuar cotizando al sistema de seguridad social. De esta manera, la situación de la pérdida de la capacidad laboral se torna fundamental, en tanto la persona adquiere derecho a la pensión de invalidez en razón a su imposibilidad para seguir trabajando y cotizando al sistema pensional, evento en el cual, las Juntas de Calificación de Invalidez –y los demás organismos autorizados por la ley–, al realizar un estudio técnico crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no puede seguir laborando.

El problema iusfundamental relevante surge cuando el dictamen técnico elaborado por la entidad competente, no corresponde a la situación médica real de la persona. Esta situación se presenta cuando la tarea de experticia técnica que corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez o a las demás entidades que señala la ley, establecen una fecha de estructuración en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional y por tanto sigue aportando al sistema. Tal evento cobija a las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas.[17]

4.3 Frente a la situación de las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la Corte ha venido delineando y ampliando la protección de sus derechos en particular en razón de la falencia que existe para determinar con certeza la pérdida real o material de su capacidad laboral. Al respecto, esta Corporación en la sentencia T-699A de 2007,[18] de la Sala Cuarta de Revisión, a propósito del caso de una persona enferma de VIH-SIDA, señaló

(...) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y

realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

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

En esta misma línea argumentativa, en un caso de similares condiciones fácticas, en la sentencia T-710 de 2009,[19] la Sala Primera de Revisión sostuvo que:

(...) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de

2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.[20]

Posteriormente, esta Corte, además de reiterar estos planteamientos que inicialmente se habían sentado en los casos de personas afectadas por VIH-SIDA, decidió ampliar el precedente al estudiar el caso de una persona afectada por una insuficiencia renal crónica terminal. En efecto, en la Sentencia T-163 de 2011, la Sala Primera de Revisión señaló que:

(...) cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.[21] Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

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

Posteriormente, el precedente constitucional fue reiterado por la sentencia T-671 de 2011, en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de invalidez de una

afiliada de la tercera edad que sufría de “diabetes mellitus tipo 2, varicoso G iv recidivante y artrosis bilateral de hombro”. Señaló la Corte en dicho caso que se desconoció el derecho a la seguridad social de la accionante, ya que al resolver la petición pensional “se tomó como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que se manifestó por primera vez la enfermedad de la agenciada”, ignorando que la demandante había realizado cotizaciones al sistema después de esa fecha. Por tal razón, la Sala tomó “el 27 de febrero de 2007 como fecha de estructuración de la invalidez, dado que este fue el día en que el galeno de medicina laboral del ISS la determinó,” en consecuencia, concedió la tutela por encontrar que se cumplían los requisitos de cotización exigidos por la normatividad (artículo 1° de la ley 860 de 2003) para acceder a la pensión de invalidez.

En la sentencia T-885 de 2011, al estudiar nuevamente un caso de una persona con VIH-SIDA, la Corte reiteró la regla jurisprudencial sentada en la sentencia T-163 de 2011, según la cual la fecha de estructuración registrada en el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral, no representaba “el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo establece el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, porque el actor estuvo laboralmente activo hasta el año 2009. Es la fecha de la calificación de la invalidez, como se desprende de las consideraciones expuestas, la que se debe tener en cuenta, dadas las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó aportando al Sistema, alcanzando a cotizar un total de 147 semanas, a pesar de los síntomas de su enfermedad VIH.” En consecuencia la Sala concedió la tutela de los derechos y ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, al comprobar que el accionante reunía las semanas necesarias para satisfacer el requisito de cotización, siempre y cuando se tomaran en cuenta los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración fijada por la junta de calificación, hasta el día en que se profirió el dictamen.

4.4 De tal manera que, al realizar un estudio de esta línea jurisprudencial y evidenciar los problemas que se han generado respecto a la fecha de estructuración de la invalidez, en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, encuentra la Sala que:

(i) La Corte Constitucional ha evidenciado que existe un problema en la calificación técnica de la pérdida de la capacidad laboral de las personas con enfermedades crónicas,

degenerativas o congénitas, en tanto los órganos encargados de determinarla, en algunos casos, no coinciden en su experticia con el momento de merma permanente y definitiva, sino que establecen como momento de estructuración de la invalidez un instante que no corresponde con certeza a la realidad médica y laboral de las personas evaluadas.[22]

(ii) La incertidumbre respecto a la fecha de estructuración de la invalidez en los eventos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, afecta los derechos de los afiliados y posibles pensionados del sistema de seguridad social, en tanto la falencia en la determinación acertada de dicha estructuración, incide directamente en el otorgamiento del derecho a la pensión de las personas, pues dicho concepto técnico es necesario para la revisión del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez (cotizaciones).

(iii) La Corte no plantea que en la determinación del número de semanas que exige la ley para hacerse beneficiario de la pensión de invalidez, sea admisible contabilizar cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad. Lo que evidencia la jurisprudencia es un problema con la determinación real y material de la fecha en la que la persona debe calificarse con una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva.

Así las cosas, para la Sala es importante precisar que en los casos de estudio de reconocimiento de una pensión de invalidez de un afiliado que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se debe tener en cuenta los aportes realizados al sistema, hasta el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, entendiendo que esta coincide con la situación material de la persona.

4.5 Ante tales eventos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas beneficiarias de la pensión de invalidez, el juez constitucional deberá analizar en cada caso concreto, la causa y efecto de la afectación, para determinar las medidas a adoptar. En este sentido, se debe examinar cuidadosamente, si con base en los elementos materiales y probatorios allegados al proceso, se evidencian inconsistencias entre la fecha de estructuración de la invalidez del dictamen de calificación y la situación real tanto médica como laboral del actor.[23]

Así, para la resolución de los casos en los que se evidencien falencias derivadas de los dictámenes de calificación de invalidez, tales como los descritos en asuntos de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, debe recordarse que si bien las aseguradoras del sistema general de seguridad social en pensiones están obligadas a respetar y acatar los dictámenes proferidos por la Junta de Calificación de Invalidez, en mérito de su carácter técnico-médico, dichos dictámenes pueden ser controvertidos ante los jueces de la República (Art. 11 y 40 Dcto. 2463 de 2001).

4.6 Por las anteriores razones, queda claro que el juez constitucional deberá evaluar bajo las condiciones específicas de cada asunto particular, si la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que solicita la pensión de invalidez, proviene de las falencias del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, o si es producto de la negativa a reconocer la prestación pensional pese a que el ciudadano cumple con los requisitos para acceder a la pensión solicitada.

En consecuencia, el juez deberá evaluar si (i) encuentra los elementos de juicio que permitan establecer si la persona reúne los requisitos tanto formales como materiales de acceso a la pensión; y si se debe optar por (ii) apartarse de la fecha establecida en el dictamen de calificación de invalidez, por encontrar que existen inconsistencias que no permiten establecer con certeza la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva del afiliado, pues, ésta, no corresponde a la situación médica y laboral de la persona.

4.7 Frente al posible reconocimiento de la pensión de invalidez la Sala encuentra importante recordar y precisar que en relación con el requisito de densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, no se establece el cálculo o cómputo de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Contrario a esta posible deducción, lo que prescribe la jurisprudencia constitucional, es que el dictamen emitido por la junta de calificación o el órgano que emite el concepto, se aparte de la realidad, razón por la cual, el juez de tutela, con fundamento en los elementos probatorios del caso, deberá evaluar si es determinable la fecha material o real de configuración de la invalidez, para consecuentemente realizar el cálculo de las semanas cotizadas con base en esta fecha.

En tal caso, la fecha de estructuración real o material que se pudiere determinar por el juez, puede no coincidir con la fecha ficta de estructuración inicialmente fijada por el dictamen que se desvirtúa, siendo incluso posterior a éste último, pero en todo caso anterior al momento de estructuración real de la pérdida de capacidad laboral.

4.8 Con base en las anteriores consideraciones, es viable concluir que cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá analizar si se tienen en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el tiempo posterior a dicha fecha, por no coincidir con el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Lo anterior, en tanto sólo ésta última es la que determina la situación médica y laboral real de la persona que solicita la pensión de invalidez.[24]

4.9 En este último punto, la Sala estima fundamental recordar el rol que cumplen los organismos que la ley ha señalado como competentes para realizar el estudio técnico y médico de la pérdida de la capacidad laboral. Dichas entidades cumplen un papel de importancia capital, en tanto determinan a través de sus dictámenes un elemento esencial para el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva. Esta labor, de gran responsabilidad iusfundamental, se debe cumplir con todas las rigurosidades y consideraciones de orden técnico, fáctico y probatorio para que la emisión del dictamen permita, posteriormente, establecer si la persona cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.[25]

4.10 Finalmente, la Sala recuerda que la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido de forma reiterada, coherente y decantada, en múltiples pronunciamientos, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez. Por estas consideraciones, se ha entendido que la fecha establecida por los organismos calificadores de la invalidez es ficta y el juez puede desvirtuarla a favor del beneficiario.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Con base en las reglas jurisprudenciales expuestas, la Sala realizará el análisis del caso sometido a su revisión, para de esta manera, establecer la posible vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y la consecuente procedencia del amparo para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

6. Pautas metodológicas del análisis

a. De la procedibilidad de las acciones de tutela

Como se señaló en los fundamentos de esta decisión, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente para reconocer y pagar prestaciones pensionales cuandoquiera que: (i) no exista otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o que existiendo, la intervención del juez constitucional sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del accionante. También se ha señalado[26] que es necesario (ii) acreditar la titularidad del derecho pensional reclamado; (iii) la calidad de sujeto de especial protección constitucional; (iv) el ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada; y (v) la afectación del mínimo vital del peticionario. Por lo expuesto, la Sala verificará el cumplimiento de estos presupuestos de procedibilidad formal.

b. Del análisis del cumplimiento de los requisitos para la pensión de invalidez

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela, la Sala debe abordar el análisis material o de fondo, con el fin de verificar si la accionante cumple con los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Como se señaló en las consideraciones de esta providencia, en los casos de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado en algunos casos la existencia de una incongruencia entre la fecha de estructuración establecida por las autoridades que emiten el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, y la fecha real de la pérdida de forma permanente y definitiva de la capacidad para trabajar; en estos eventos, se debe tomar ésta última para evaluar si se cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional.

Igualmente, es necesario observar las condiciones particulares de la accionante, tanto de

estado de salud como su situación laboral. Esto, por las especiales condiciones patológicas de deterioro paulatino de su salud, y el hecho de que ha continuado cotizando al Sistema pensional, a pesar de los padecimientos de su enfermedad. Una vez establecidas las anteriores pautas metodológicas, se procede al análisis del expediente objeto de revisión.

6.1. Análisis de la procedibilidad formal del amparo.

6.1.1 Al analizar el cumplimiento de los requisitos que ha establecido la jurisprudencia en relación con la procedibilidad de la acción de tutela, la Sala encuentra que en el asunto de la referencia se reúnen las condiciones anteriormente previstas, como se demuestra a continuación.

(i) En efecto, en el sub examine, la Sala encuentra que postergar la definición de los conflictos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial, puede llegar a afectar los derechos de la accionante al mínimo vital, a la salud, e incluso a su propia vida, lo que justifica el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención del juez constitucional mediante la acción de tutela.

Como se demostró en el proceso, la ciudadana Lopera Arias padece una grave enfermedad que provoca su oxígeno-dependencia las 24 horas del día y que afecta el flujo de la sangre al corazón y como consecuencia destruye sus pulmones[27]. Ante tal evidencia, la Corte encuentra totalmente desproporcionado e irrazonable exigirle que agote el proceso judicial ordinario ante los jueces laborales frente al grave riesgo que padece su integridad, su salud y su vida.

(ii) Igualmente, la señora María Eugenia Lopera Arias está acreditada como la titular del derecho pensional reclamado, toda vez que demostró que cotizó al sistema general de pensiones[28], que sufrió una enfermedad que le ocasionó invalidez[29], y que reclamó a la entidad el reconocimiento de la correspondiente pensión[30]. De igual manera, la entidad ha reconocido que la accionante es la titular del eventual derecho a la prestación solicitada. En consecuencia, está legitimada en el proceso de tutela que se revisa.

(iii) La Sala encuentra que la actora es sujeto de especial protección constitucional, debido a que padece una enfermedad congénita, “C.I.V. (comunicación interventricular)”, así como

“ductus arterioso”, “hemoptisis, síndrome de eisenmenger” e “hipertensión pulmonar severa” que le obliga a proveerse artificialmente de oxígeno durante las 24 horas del día, y que le originó una pérdida de la capacidad laboral del 73.8% al momento de interponer la acción de tutela. Su condición de salud conlleva a que sus derechos a la salud y la vida se vean afectados intensamente, razón por la que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y por tanto es un sujeto de especial protección constitucional.

(iv) Consta en el expediente que la señora Lopera Arias solicitó a BBVA Pensiones y Cesantías S.A.- (hoy AFP Porvenir S.A.) el reconocimiento de la pensión de invalidez, y que, en comunicaciones del 6 de agosto de 2009 y del 15 de abril de 2010, la entidad accionada negó la prestación por considerar que no cumplía con el requisito de cotizaciones establecido en el artículo 1º de la ley 860 de 2003.

Como se reseñó en los antecedentes del caso, debido a la negativa de la entidad al reconocimiento de la pensión de invalidez, y por el deterioro progresivo de su estado de salud, la accionante afirma que oportunamente encomendó el trámite del correspondiente proceso ordinario laboral a un profesional del derecho. Sobre este asunto, explica que el abogado al que confió la defensa de sus intereses jurídicos la defraudó comoquiera que mientras le aseguraba que el proceso estaba en trámite y que le estaba haciendo seguimiento, la realidad era que la demanda había sido rechazada por no cumplir con el lleno de los requisitos legales. Sobre el particular, el material probatorio aportado al proceso[31] demuestra que en efecto la demanda fue presentada y que posteriormente fue rechazada el 9 de noviembre de 2010, sin que posteriormente se hubiera registrado ninguna actuación hasta el archivo definitivo del proceso el 21 de noviembre de 2013.

Frente a esta situación, la Sala considera cumplido el requisito jurisprudencial que se examina, comoquiera que la accionante demostró “el ejercicio de cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección demandada”, hasta el límite en que sus condiciones de salud se lo permitían. En efecto, no es posible atribuirle a la accionante la responsabilidad por la falta de debida diligencia de su representante legal, pues por su grave estado de salud no podía atender o supervisar directamente la gestión de sus intereses. Así las cosas, la Sala encuentra cumplido este requisito.

(v) Finalmente, la Sala observa que la accionante manifiesta que no cuenta con ninguna

fuentes de ingresos, pues por su delicado estado de salud no puede conseguir ningún empleo, razón por la que la pensión de invalidez constituye el sustento económico con el que contaría para sobrellevar su existencia en condiciones dignas y justas.

Estas razones son suficientes para concluir que, en este caso, la acción de tutela es el medio judicial idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, y la protección de los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y salud de la ciudadana María Eugenia Lopera Arias.

6.1.2 Adicionalmente, la Sala encuentra pertinente reiterar de forma sucinta el alcance del principio de inmediatez que la jurisprudencia constitucional ha fijado en el caso del reclamo de prestaciones de carácter periódico tales como la pensión de invalidez. Lo anterior, debido a que los jueces de instancia que resolvieron la tutela que ahora se revisa basaron su decisión en el supuesto incumplimiento del requisito de la inmediatez de la tutela.

La jurisprudencia de esta Corte ha explicado[32] que el requisito de la inmediatez de la acción de tutela hace referencia a que la acción de amparo constitucional se instaure dentro de un lapso que no sea excesivo o irrazonable respecto a la actuación y omisión de la que se alega amenaza los derechos fundamentales. Por lo anterior, se ha determinado que el juez de tutela debe establecer la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el demandante y el fin perseguido por el mismo, para determinar si la solicitud de tutela es procedente como mecanismo idóneo de defensa de los derechos fundamentales vulnerados.[33]

No obstante, este Tribunal ha señalado[34] que en relación con prestaciones económicas como la pensión de invalidez cuyo reconocimiento y pago es de carácter periódico o de tracto sucesivo, existen dos circunstancias en las que resulta admisible un transcurso del tiempo extenso entre el hecho generador de la vulneración y la presentación de la acción de tutela: (i) la primera, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo[35]; y, (ii) cuando se pueda establecer que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, minoría de edad, incapacidad física, entre otros". [36]

Frente a estas reglas jurisprudenciales, la Sala encuentra que en el caso que se examina, la

situación de la accionante encuadra dentro de las condiciones antes previstas. Según ha explicado este Tribunal Constitucional, la pensión de invalidez, como toda prestación pensional, es un derecho cuyo reconocimiento y pago se realiza de forma continuada en el tiempo debido a su carácter de tracto sucesivo.[37] Por esta razón, el no pago de la prestación constituye una vulneración del derecho fundamental a la seguridad social en general, y a la pensión de invalidez en particular, que es continua en el tiempo pues el pago de la prestación es mensual, periódica y por tanto de tracto sucesivo.

Adicionalmente, la Sala encuentra que exigir a la señora López Arias, el cumplimiento de la misma diligencia que al común de los ciudadanos en el ejercicio de los mecanismos ordinarios, constituye una carga desproporcionada al compararla con la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. En efecto, como se recordará, en el caso de la accionante se trata de una persona oxígeno dependiente las 24 horas del día, que ha sido incapacitada por largos periodos de tiempo, y que por un prolongado periodo ha debido su manutención a la solidaridad de su familia. Por tal motivo, la Sala considera que las razones expuestas por los jueces de instancia, respecto al principio de inmediatez de la acción de tutela no se compadecen con el delicado estado de salud de la accionante.

Con base en el análisis del expediente, se encuentra que la accionante alega que la entidad demandada vulneró sus derechos fundamentales al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez. La última decisión administrativa fue adoptada el 15 de abril de 2010 y la última determinación judicial se surtió el 21 de noviembre de 2013. Frente a esta evidencia los jueces de instancia consideraron injustificable que la accionante no hubiere gestionado sus intereses por considerar que había transcurrido un lapso cerca de 5 años.

Sin embargo, esta Corte evidencia que los citados jueces obviaron elementos de juicio relevantes que fueron allegados al proceso. Lo anterior, debido a que después de la fecha de la última actuación administrativa referenciada (9 de noviembre de 2010), se encuentra la historia clínica de la señora María Eugenia Lopera Arias[38], en la que consta que estuvo incapacitada entre el 11 de abril de 2012 y el 13 de abril de 2012[39], posteriormente fue internada para atención clínica entre el 24 de abril y el 12 de mayo de 2012[40]; igualmente, se aportaron al proceso diferentes órdenes médicas de tratamiento y de medicamentos de fecha 1º de febrero de 2013[41], 8 de febrero de 2013[42], y 27 de diciembre de 2013[43]. Todo lo anterior, se corresponde con los dichos de la accionante

quien manifiesta que ha tenido que atender su grave situación de salud, debido a las diferentes complicaciones de su patología y especialmente porque es oxígeno-dependiente las 24 horas del día.

Así las cosas, la Sala encuentra que es abiertamente desproporcionado e irrazonable exigir a la accionante que anteponga la supervisión de las actuaciones judiciales que ya había encomendado a un profesional del derecho, a la atención de su delicado estado de salud, pues como se recordará, la demandante explicó que la inacción frente a los mecanismos de defensa judicial se debe a que su anterior abogado no sobrellevó diligentemente el proceso ordinario laboral para el que había sido encargado.

Así las cosas, el análisis pormenorizado del expediente demuestra que entre el momento de la última actuación administrativa en el caso de la demandante y la instauración de la acción de tutela, la señora Lopera Arias se dedicó al cuidado y atención de su delicado estado de salud.

En suma, la Corte encuentra plenamente probado que en el caso bajo examen se cumplen los requisitos formales establecidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela en casos de solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez. Adicionalmente, se evidencia que la improcedencia declarada por los jueces de instancia por el supuesto incumplimiento del principio de inmediatez de la acción de tutela, carece de fundamento comoquiera que la situación de especial vulnerabilidad de salud de la accionante encuadra dentro de las excepciones que ha establecido la jurisprudencia respecto al transcurso de prolongados lapsos de tiempo en la interposición de la acción de tutela. En consecuencia, la Sala procede al análisis de la procedibilidad material de la acción de tutela para comprobar si la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

6.2. Análisis de la procedibilidad material del amparo. Cumplimiento de los requisitos para la pensión de invalidez.

En este caso, la señora María Eugenia Lopera Arias padece una enfermedad congénita denominada “C.I.V. comunicación interventricular”, “ductus arterioso”, “hemoptisis, síndrome de eisenmenger” e “hipertensión pulmonar severa” que le obliga a proveerse artificialmente de oxígeno durante las 24 horas del día, y que le originó una pérdida de la

capacidad laboral del 73.8%, motivo por el cual cumple con el primer requisito de la pensión de invalidez, es decir, tener una disminución superior al 50%.[44]

Al verificar si cotizó 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, se encuentra que la señora Lopera Arias solamente cuenta con 41 semanas de cotización en dicho lapso de tiempo. Sin embargo, la Sala evidencia que la demandante padece una enfermedad degenerativa que determina que la pérdida de su capacidad laboral ha sido paulatina, razón por la que es necesario analizar si el dictamen de la pérdida de capacidad laboral de la solicitante coincidió con su situación real, al determinar una fecha que fuera congruente con la pérdida definitiva de su capacidad para trabajar.

Del examen del expediente, se encuentra que la entidad accionada determinó que la fecha de estructuración de la invalidez era el 12 de mayo de 2008, sin embargo, en el resumen de aportes al sistema pensional allegado al proceso[45] se evidencia que la actora realizó cotizaciones con posterioridad a dicha fecha. Por su parte la accionante alega que debido a su invalidez no pudo seguir trabajando, razón por la que solicitó la calificación.

Al respecto, la Sala encuentra que la demandante perdió su capacidad laboral de manera permanente y definitiva solamente hasta el momento en el que solicitó su calificación de pérdida de capacidad laboral, razón por la que se tomará como fecha real de estructuración de su invalidez la de la recepción y elaboración del dictamen final de pérdida de capacidad laboral (16 de enero de 2009)[46] pues se corresponde con su historial laboral y con la evidencia probatoria aportada al proceso.[47]

Una vez determinada la fecha real de estructuración de la invalidez, la Sala encuentra que la señora María Eugenia Lopera Arias cuenta con 79,57 semanas de cotización al sistema (entre el 16 de enero de 2009 y el 16 de enero de 2006) razón por la que cumple con el requisito previsto en el artículo 1º de la ley 860 de 2003. En consecuencia, al encontrar probado que la demandante reúne los requisitos para obtener la prestación solicitada, esta Sala revocará las decisiones de instancia y ordenará a la AFP Porvenir S.A., el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión del cuatro (04) de febrero de dos mil catorce (2014) proferida por el Juzgado Primero (1º) del Circuito de Medellín, que confirmó en segunda instancia el fallo del primero (1º) de diciembre de dos mil catorce (2014) proferido por el Juzgado Quince (15) Civil Municipal de Medellín mediante el cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de la señora María Eugenia Lopera Arias. En su lugar, la Corte resuelve CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante.

Segundo.- ORDENAR a la sociedad BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías, actualmente AFP Porvenir S.A.-, que reconozca y pague la pensión de invalidez a la señora María Eugenia Lopera Arias, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

Tercero.- 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.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada (e)

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

[1] En este apartado se relacionan tanto los hechos descritos por la accionante en la demanda de tutela como algunos elementos de juicio, fácticos y jurídicos, que se encuentran debidamente acreditados en el expediente.

[2] En este apartado se seguirá la argumentación expuesta en la sentencia T-1013 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), reiterada en las sentencias T-043 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-549 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[3] Sentencia T-715 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[4] Ver sentencia T-112 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[5] Al respecto consultar sentencia T-235 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

[7] En la sentencia T-651 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) esta Corporación expresó que en relación con este requisito, de manera reiterada, la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -especialmente en el caso de las personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), los discapacitados (Art. 47 C.P.) y las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.)-, así como la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos. En este sentido, en reciente jurisprudencia, esta Corporación precisó que “en concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho (...)”.

[8] En cuanto a la certeza sobre la titularidad del derecho a la pensión y la diligencia del demandante al reclamar la salvaguarda de sus derechos, la Corte en sentencia T-414 de 2009 puntualizó “que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de reconocimiento de su

pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos -salvo que haya resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad-”.

[9] En relación con la afectación del mínimo vital de quien solicite el amparo, es pertinente recordar que esta Corporación en sentencia T-249 de 2006 señaló: “Así, con relación a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales, particularmente cuando estas corresponden a pensiones de jubilación, el juez constitucional, de manera previa deberá verificar que en el caso concreto concurren ciertos requisitos a saber: ... (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital”.

[10] En este apartado se seguirá la argumentación expuesta en la sentencia T-1013 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), reiterada en las sentencias T-043 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-549 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[11] Sentencia T-1013 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[12] En la sentencia C-428 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo (con Salvamento Parcial de Voto Parcial de los Magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte declaró la inexecutable del aparte de la norma exigía que la fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, por ser un requisito regresivo que imponía condiciones más gravosas para acceder a la pensión de invalidez, en comparación a los requisitos establecidos en el artículo 39 -original- de la Ley 100 de 1993.

[13] Ley 100 de 1993, artículo 41 Calificación del estado de invalidez. (Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012). (...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de

estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)

[14] Artículo 39 de la ley 100 de 1993, y Decreto 917 de 1999. En la sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle, se estableció: (i) En los casos que se enmarcan dentro del presupuesto señalado, la fecha de estructuración no responde a este criterio; por el contrario, se establece en un momento en que los síntomas de la enfermedad -crónica, degenerativa o congénita- se hacen notorios, pero no son definitivos. (ii) El artículo 3 del Decreto 917 de 1999 (Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995 -por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez.-) define la fecha de estructuración de la invalidez como “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

[15] Sentencias T-163 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1013 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[16] Ver las Sentencias T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-710 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa y T-1013 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[17] Sentencias T-163 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1013 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[18] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[19] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[20] El caso concreto se trató de una persona con VIH-SIDA, con pérdida de capacidad laboral de 65.75% y fecha de estructuración de la invalidez del 23 de junio de 2002. Solicitó la pensión de invalidez, pero el fondo de pensiones se la negó bajo el argumento de no reunir las semanas de cotización requeridas a la fecha de estructuración de su invalidez. En las consideraciones de la sentencia, la Sala estimó que a pesar de su enfermedad, el actor pudo seguir cotizando al Sistema hasta completar las semanas mínimas de cotización requeridas, exigidas por la Ley 860 de 2003. Se ordenó, entonces, el reconocimiento de la pensión teniendo en cuenta todas la semana cotizadas por el accionante, hasta el momento en hizo su solicitud de la pensión.

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

[22] La Corte ha evidenciado en los casos reseñados en los precedentes citados que las Juntas de calificación de invalidez determinan como fecha de estructuración: (a) aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, (b) la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la patología o, (c) la que coincida con el día en que la junta llevó a cabo la calificación. Ver sentencias T-163 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1013 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[23] Sentencias T-163 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1013 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[24] Sentencias T-163 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1013 de 2012 M.P. Luis

Ernesto Vargas Silva.

[25] Decreto 917 de 1999, Manual único para la calificación de la invalidez.

[26] Cfr. Sentencias T-1013 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-043 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-549 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[27] Historia Clínica aportada al expediente de tutela, folios 45 a 200.

[28] Reporte de semanas cotizadas aportada a folios 60 a 61 y 76 a 80 del expediente de tutela.

[29] Dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral obrante a folios 67 a 69 del expediente de tutela.

[30] Comunicación EPTR 09-0190 del 06 de agosto de 2009 y EPTR-10-0930 del 15 de abril de 2010 emitidas por el Responsable del equipo de prestaciones de Horizontes Pensiones y Cesantías S.A.-. Folios 55 a 63 del expediente de tutela.

[31] Documento impreso de consulta de procesos, Proceso ordinario laboral declarativo de María Eugenia Lopera Arias contra BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías S.A.-, obrante a folios 242 a 245 del expediente de tutela.

[32] Sentencia T-463 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[33] Sentencia T-463 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[34] Sentencias T-743 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-883 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[35] Sentencias T- 1110 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-425 de 2009 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[36] Sentencia T-425 de 2009 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[37] Sentencias T-791 de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[38] Historia Clínica aportada al expediente de tutela, folios 45 a 200.

[39] Ídem, folio 85 del expediente de tutela.

[40] Ídem, folios 145 a 151 del expediente de tutela.

[41] Folios 39 a 42 del expediente de tutela.

[43] Folios 50 y 54 del expediente de tutela.

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

[45] Relación de aportes de la afiliada María Eugenia Lopera Arias a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.-. Folios 76 a 80 del expediente de tutela.

[46] Cfr. Folio 67 del expediente, dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral de María Eugenia López Arias.

[47] Sobre la posibilidad de tomar la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral como el referente de la pérdida definitiva de la capacidad para trabajar, consultar las sentencias T-1013 de 2012 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva), T-690 de 2013 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva), y T-789 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez).