

Sentencia T-606/14

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Protección por tutela

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por estado de indefensión o debilidad manifiesta aún cuando exista otro medio de defensa judicial

En los casos en que se invoca la protección del derecho a la seguridad social, y específicamente cuando se reclama el reconocimiento de una pensión de invalidez, la Corte ha sostenido que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existen otros medios en las jurisdicciones laboral y administrativa, según el caso. Sin embargo, en ocasiones excepcionales ha dicho que la protección constitucional sí procede, cuando se encuentra comprometido el goce de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como personas de la tercera edad, individuos con disminuciones físicas y sensoriales relevantes, y niños que necesiten de los recursos para cubrir sus necesidades básicas.

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

En el caso de enfermedades degenerativas, cuyos efectos se manifiestan de manera difusa en el tiempo, la fuerza de trabajo va menguándose cíclica y progresivamente y, por ello, a pesar del deterioro en el estado de salud, la persona tiene momentos de capacidad productiva y continúa cotizando al sistema de seguridad social, hasta un momento en que debido a que su condición de salud se agrava, no lo puede hacer más. En tal sentido, determinar la fecha en la cual se pierde exactamente el 50% de la fuerza de trabajo es una labor compleja, por lo cual se deben tomar en cuenta todas las circunstancias fácticas que

indican el momento en que hubo una pérdida permanente y definitiva, y no solo la existente al momento de realizar el dictamen.

PENSION DE VEJEZ Y DE INVALIDEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Incompatibilidad

El hecho de que al actor le hubieran reconocido la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-Reiteración de jurisprudencia

La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen en gran medida de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de irrenunciabilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE-Orden a Colpensiones efectuar una nueva evaluación que establezca el momento en que perdió en forma permanente y definitiva la capacidad laboral en más de un cincuenta por ciento (50%) para reconocimiento de pensión de invalidez

Referencia: expediente T-4324868

Acción de tutela instaurada por Orlando Castro Rojas contra Colpensiones EICE

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil catorce (2014).

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barrancabermeja, el doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013) y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, el veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), dentro de la acción de tutela promovida por Orlando Castro Rojas contra Colpensiones EICE.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala de Selección Número Cuatro (4).

I. ANTECEDENTES

Orlando Castro Rojas, quien tiene sesenta y cinco (65) años de edad[1] y padece una pérdida de capacidad laboral del cincuenta y ocho punto ocho por ciento (58.8%),[2] presentó acción de tutela contra Colpensiones EICE reclamando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Considera que la demandada vulneró sus derechos fundamentales al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la misma, conforme lo exige el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a pesar de que cotizó ciento cuarenta y seis (146) semanas en toda su vida laboral, y padece una enfermedad degenerativa a partir de la cual es factible establecer una fecha de estructuración previa que le es más favorable.

La acción de tutela está fundamentada en los siguientes

1. Hechos

1.1. Orlando Castro Rojas fue calificado por el Instituto de Seguro Social (ISS) con una pérdida de capacidad laboral del cincuenta y ocho punto ocho por ciento (58.8%) de origen común, causada por un diagnóstico de “artritis reumatoidea clase funcional IV”, y con fecha de estructuración del mismo día de la elaboración del dictamen, esto es, el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007).[3] Además, cotizó al sistema general de pensiones un total de ciento cuarenta y seis (146) semanas, de las cuales ninguna corresponde a los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez acreditada por el ISS, pues la última cotización reportada es del treinta y uno (31) de diciembre de dos mil dos (2002).[4]

1.2. Con base en lo anterior, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, ante lo cual, la entidad demandada emitió los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. 3775 de 2007 del ISS, en la cual se negó la pensión de invalidez porque “el asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 146 semanas, de las cuales 0 semanas se cotizaron en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez”.[5] (ii) Resolución No. 109 de 2008 del ISS, mediante la cual se reconoció a favor del accionante la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por un valor de dos millones seiscientos setenta y cinco mil setecientos noventa y nueve (\$2.675.799) pesos.[6] y finalmente, (iii) Resolución No. 231634 de 2013 de Colpensiones EICE, a través de la cual se negó nuevamente la pensión de invalidez en cuestión,[7] pues “el solicitante tiene reconocida una prestación económica en el Sistema General de Pensiones [la indemnización sustitutiva] que es incompatible con la que ahora se encuentra en estudio”.[8]

1.3. En este contexto, Orlando Castro Rojas interpuso la acción de tutela que es objeto de revisión por la Corte, pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales y el reconocimiento de la pensión de invalidez. Allí argumenta que, aun cuando ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva, su situación pensional debe evaluarse nuevamente porque el requisito de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez no debe contabilizarse desde la fecha en que dicho evento fue decretado por el

ISS (26 de marzo de 2007), sino desde otra anterior más favorable, pues así lo acreditan diversas certificaciones médicas. Explica, que una vez corregida esta circunstancia, puede verificarse que sí cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez.

1.4. Aporta al proceso diferentes documentos que, a su juicio, demuestran la iniciación de su enfermedad antes de la fecha de estructuración establecida por el ISS, así: (i) Historia Clínica elaborada por la IPS Saludcoop de Barrancabermeja, en la cual consta que entre el cinco (5) de abril y el siete (7) de octubre de dos mil cinco (2005), el accionante acudió en doce (12) oportunidades a dicho centro de salud para el tratamiento de su diagnóstico de “artritis reumatoidea”;[9] (ii) evaluación de un médico especialista en fisioterapia del siete (7) de marzo de dos mil siete (2007), en la cual se confirma el diagnóstico de “artritis reumatoidea de 2 años de evolución”;[10] y (iii) certificado del catorce (14) de julio de dos mil diez (2010), realizado por el médico Francisco Javier Sánchez, en el cual se informa que el accionante “ha presentado desde hace más de 5 años una enfermedad inflamatoria articular generalizada con compromiso de todos los segmentos corporales, con limitación severa de la movilidad e imposibilidad para la realización de actividades mínimas de autocuidado”. [11]

1.5. Por último, señala que la acción de tutela es procedente porque en razón de su discapacidad es una persona en situación de debilidad manifiesta, y no cuenta con recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. Afirma, que sus afecciones le impiden desarrollar cualquier tipo de actividad manual autónomamente, por lo que requiere ayuda permanente de terceros para realizarlas.

2. Respuesta de la entidad demandada

Colpensiones EICE fue notificado del proceso de tutela por el juez de primera instancia. En el término concedido para contestar, la entidad guardó silencio.

3. Decisiones que se revisan

3.1. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Barrancabermeja, mediante sentencia del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), denegó el amparo de los derechos fundamentales. Sostuvo que la acción no era procedente porque no cumplía con el

presupuesto de subsidiariedad, en tanto los actos que contenían la negativa eran susceptibles de ser censurados por los recursos de reposición y apelación, pero el accionante no los presentó. Además, explicó que no se buscaba evitar un perjuicio irremediable, debido a que la demandada ya le había reconocido al actor la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

3.2. El actor impugnó la decisión porque, a su juicio, en la sentencia de primera instancia no se tuvieron en cuenta los elementos probatorios que demostraban su estado de debilidad manifiesta y, en razón a ello, la necesidad de que el juez constitucional intervenga en la controversia.

3.3. El Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, conoció en segunda instancia el proceso de tutela, y mediante sentencia del veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014) confirmó el fallo de primer grado. Si bien estimó que la tutela era procedente en razón de las circunstancias que rodean al actor, sostuvo que no podían ampararse sus derechos fundamentales. Explicó que no se llenaban los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, ni siquiera en aplicación de regímenes anteriores, como los consagrados en la Ley 100 de 1993 en su versión original y el Decreto 758 de 1990, pues tan solo tenía reportadas un total de ciento cuarenta y seis (146) semanas cotizadas, de las cuales cero (0) correspondían a los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración.

4. Actuaciones surtidas en el proceso de revisión

El accionante remitió a la Secretaría General de la Corte Constitucional diferentes documentos que, a su juicio, son importantes para resolver el asunto. Adjuntó el resumen de semanas cotizadas al sistema expedido por Colpensiones EICE, actualizado hasta diciembre del año dos mil doce (2012); y la Historia Clínica elaborada por la IPS Saludcoop de Barrancabermeja, en la cual constan los tratamientos médicos realizados al actor entre abril de dos mil cinco (2005) y enero de dos mil siete (2007).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela referidos, de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

2.1. Orlando Castro Rojas interpuso acción de tutela contra Colpensiones EICE pretendiendo el amparo de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Alega que dicha entidad desconoció sus derechos constitucionales, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en un dictamen que estableció su pérdida de capacidad laboral en un 58.8%, pero omitió el análisis de diversas evaluaciones médicas, las cuales conducen a establecer una fecha de estructuración previa que es más favorable a sus intereses.

Por su parte, Colpensiones EICE negó el reconocimiento de la prestación reclamada, porque el accionante no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. En su concepto, el actor debía acreditar ese requisito para acceder a la prestación, pues su pérdida de capacidad laboral se estructuró en vigencia de la norma que consagró dicho presupuesto (Ley 860 de 2003). Además, afirma que al accionante ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, y que esa prestación es incompatible con la que reclama actualmente.

2.2. Corresponde entonces a la Sala Primera de Revisión resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Orlando Castro Rojas), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que perdió el 58.8% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente?

2.3. Para solucionar el problema jurídico, la Sala Primera de Revisión hará uso de la siguiente metodología: en primer lugar, verificará si la acción de tutela es procedente en este caso; y luego, decidirá si la demandada vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del peticionario.

3. La acción de tutela presentada por Orlando Castro Rojas es procedente para buscar la

protección de sus derechos fundamentales

3.1. La acción de tutela procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, CP), hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección.

En los casos en que se invoca la protección del derecho a la seguridad social, y específicamente cuando se reclama el reconocimiento de una pensión de invalidez, la Corte ha sostenido que la tutela no es el mecanismo de defensa principal en tanto existen otros medios en las jurisdicciones laboral y administrativa, según el caso. Sin embargo, en ocasiones excepcionales ha dicho que la protección constitucional sí procede, cuando se encuentra comprometido el goce de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como personas de la tercera edad, individuos con disminuciones físicas y sensoriales relevantes, y niños que necesiten de los recursos para cubrir sus necesidades básicas.

3.2. Por ejemplo, en la sentencia T-533 de 2010,[12] la Sala Novena de Revisión determinó que una acción de tutela presentada por una señora de sesenta (60) años de edad que tenía una pérdida de capacidad laboral del cincuenta y ocho punto cincuenta y cuatro por ciento (58.54%), era procedente para reclamar la protección de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, y solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez. En concepto de la Corte, la accionante estaba sometida a un estado de debilidad manifiesta que hacía desproporcionado remitirla a la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos. En la sentencia se sostuvo que la tutela era procedente, porque:

“[...] sus condiciones mínimas de subsistencia [las de la accionante] se han visto mermadas dado (i) la invalidez decretada por la Junta Calificadora de Invalidez, correspondiente a[1] 58.54% de pérdida de capacidad laboral; (ii) su edad, dice la demanda que en la actualidad la señora Montes Sánchez tiene 60 años de edad, por ende es una persona de la tercera edad y (iii) la afirmación, no desvirtuada por el ISS, de encontrarse sin trabajo y depender

para su supervivencia de la ayuda de otros; en efecto, consta en el expediente, que la accionante derivaba su sustento de trabajos por día, en casas de familia, donde lavaba ropa, pisos y hacía mandados. Tales oficios ya no los puede ejercer debido a su incapacidad.”

Por lo tanto, dentro de los elementos de análisis utilizados por la Corte para evaluar la eficacia de los medios de defensa judiciales en casos que se reclama la pensión de invalidez, se encuentra la edad, el nivel de vulnerabilidad social o económica, y las condiciones de salud. Si de esos elementos, es posible inferir que la carga procesal de acudir al medio ordinario de defensa se torna desproporcionada debido a la condición de la persona que invoca el amparo, porque la extensión del trámite lleve a la persona a una situación incompatible con la dignidad humana, la tutela es procedente.[13]

3.3. En el caso objeto de estudio diferentes aspectos conducen a concluir que los medios ordinarios de defensa judicial resultan ineficaces. Primero, el accionante es sujeto de especial protección constitucional, porque tiene sesenta y cinco (65) años de edad y padece de “artritis reumatoidea”, la cual lo tiene sumido en una pérdida de capacidad laboral del cincuenta y ocho punto ocho por ciento (58.8%). Segundo, la ausencia de una fuente de ingresos regular afecta su capacidad para procurarse una vida en condiciones dignas, ya que por su edad y su situación de discapacidad ha perdido fuerza laboral y no cuenta con una renta que garantice plenamente el cubrimiento de sus necesidades básicas de alimentación, vestido y vivienda, según lo manifiesta en su escrito de tutela.[14] Y tercero, acudir a un proceso ordinario le supone cargas desproporcionadas, que con ocasión de sus condiciones económicas no le es factible asumir, porque tendría que contratar los servicios de un abogado para que lo represente.

3.4. La circunstancia de que el peticionario no hubiera presentado los recursos administrativos contra los actos que negaron su prestación, no es motivo para declarar improcedente la acción de tutela, como lo afirmó el juez de primera instancia. El artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 establece que “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela”.[15] y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al referirse a los recursos que se pueden interponer en la vía gubernativa, aclara que no es obligatorio presentar el de reposición contra el acto administrativo que se estima violatorio de los

derechos del administrado.[16] Por tanto, el requisito de subsidiariedad no condiciona la procedencia de la tutela a que se agote completamente la vía gubernativa, o que se presenten los recursos administrativos existentes, en tanto el amparo se presenta como un mecanismo de defensa inmediato para enervar la amenaza o vulneración actual de derechos fundamentales.[17]

Cabe precisar que el accionante no ha sido negligente en la defensa de sus derechos fundamentales. Como se puede observar en los antecedentes, ha acudido en tres (3) oportunidades a la demandada para reclamar el reconocimiento de la prestación a la que considera tiene derecho, y al poco tiempo después de la última negativa recurrió a la acción de tutela. De hecho, el último pronunciamiento de Colpensiones EICE (Resolución No. 231634 de 2013) le fue notificado al accionante el siete (7) de octubre de dos mil trece (2013),[18] y este presentó la acción de tutela el veintiocho (28) de octubre de dos mil trece (2013),[19] habiendo transcurrido tan solo veintiún (21) días.

Debe recordarse que la Constitución Política consagra una protección especial para las personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13, CP), prestándoles la atención especializada que requieran (art. 47, CP). Y este no es un mandato meramente retórico, sino que tiene un contenido específico dentro del ordenamiento jurídico, que en materia de estudio de procedibilidad de la acción de tutela impone a las autoridades judiciales especial diligencia, cuidado y atención en el examen formal, teniendo presente que estas personas se hallan en desventaja frente al resto de la población para acceder en condiciones de igualdad a la administración de justicia.

3.5. En este contexto, se hace palmaria la difícil situación por la que atraviesa el accionante, por lo que a la luz de los postulados constitucionales se evidencia una ausencia de idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios para garantizar el ejercicio de sus derechos constitucionales, además de que debe garantizarse su acceso a la justicia en condiciones dignas.

4. Del caso concreto

En esta oportunidad, la Sala Primera de Revisión deberá examinar si se vulneraron los derechos fundamentales del accionante, al negársele el reconocimiento de la pensión de

invalidez porque no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración y ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva. Según el dictamen proferido por el ISS, la pérdida de capacidad laboral del actor en un 58.8% se estructuró el mismo día en que se elaboró el dictamen, esto es, el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007). Pero el accionante, por su parte, opina que la pérdida del porcentaje de su fuerza de trabajo se dio con anterioridad, en un momento más cercano a la fecha en que dejó de efectuar aportes al sistema.

A continuación, la Sala expondrá que Orlando Castro Rojas tiene derecho a que su situación pensional se resuelva con base en un dictamen que establezca la pérdida de su capacidad laboral en un 50%, pues padece una enfermedad degenerativa.

4.1. La fecha de estructuración de la invalidez debe corresponder al momento en que la persona interesada perdió de manera permanente y definitiva el 50% de su capacidad laboral, si padece una enfermedad degenerativa

4.1.1. El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 define el estado de invalidez para efectos de acceder a los beneficios del sistema general de pensiones, como aquel en el que se encuentra una persona que “hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Y el artículo 3 del Decreto 917 de 1999 define la fecha de estructuración de la invalidez como la que “[...] 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”.

Atendiendo a una concepción social de la discapacidad como “el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras que se les imponen y que evitan su participación plena y efectiva en condiciones de igualdad”,[20] y teniendo presente que el sistema de pensiones cubre el riesgo de invalidez superior al 50%, la Corte Constitucional ha interpretado que las personas cuya pérdida de capacidad laboral sea producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez corresponda al momento en que efectivamente pierden la mitad de su capacidad laboral.[21] La situación de invalidez para poder seguir ofreciendo la fuerza de trabajo al mercado laboral genera la incapacidad y, en

consecuencia, la imposibilidad de proveerse un sustento económico, así como de continuar efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social.

En el caso de enfermedades degenerativas, cuyos efectos se manifiestan de manera difusa en el tiempo, la fuerza de trabajo va menguándose cíclica y progresivamente y, por ello, a pesar del deterioro en el estado de salud, la persona tiene momentos de capacidad productiva y continúa cotizando al sistema de seguridad social, hasta un momento en que debido a que su condición de salud se agrava, no lo puede hacer más. En tal sentido, determinar la fecha en la cual se pierde exactamente el 50% de la fuerza de trabajo es una labor compleja, por lo cual se deben tomar en cuenta todas las circunstancias fácticas que indican el momento en que hubo una pérdida permanente y definitiva, y no solo la existente al momento de realizar el dictamen (art. 3 del Decreto 917 de 1999).[22]

Sería inconstitucional resolver la situación pensional de una persona que padece una enfermedad degenerativa con base en un dictamen que no establezca precisamente la fecha en que pierde el 50% de su fuerza de trabajo, y no recoja un análisis integral sobre todas sus circunstancias personales, laborales y de salud. La importancia de determinar ese momento con precisión, radica en que a partir del mismo es cuando se contabiliza el requisito legal de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores. Lo contrario puede suponer, en algunos casos, que pese a haberlas efectuado, las personas en tal situación no pueden reunir el tiempo de cotizaciones requerido por la ley para acceder a la pensión. Tal actuación iría en contra del principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), y de la buena fe de aquellos afiliados que cotizan al sistema con la expectativa de que ante algún riesgo de invalidez superior al 50% las consecuencias negativas serán morigeradas.[23]

4.1.2. En la sentencia T-428 de 2013,[24] la Sala Primera de Revisión examinó un caso similar al estudiado en esta oportunidad, en el que a una señora que tenía una pérdida de capacidad laboral del 66.30% en razón de una enfermedad degenerativa, estructurada el diecisiete (17) de diciembre de dos mil nueve (2009), le negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez porque no cumplía el requisito de cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración. Ella alegaba que el momento en que perdió definitivamente su fuerza de trabajo era anterior al establecido por la demandada, y que su situación pensional debía definirse con fundamento en la fecha en la cual dejó de aportar al

sistema, esto es, en el año dos mil siete (2007). La Corte no estableció el momento exacto en que la accionante perdió definitivamente su capacidad laboral, pero sí explicó que el mismo podía suponerse anterior al dictaminado porque la fecha indicada correspondía a la pérdida de un 66.30%, pero no al 50% mínimo establecido en las normas vigentes para acceder a la pensión de invalidez. Al respecto, se dijo lo siguiente:

“[la Corte no puede] acceder a la pretensión de la señora Olga Inés López Beltrán de fijar la fecha de estructuración de su incapacidad a partir del momento en que dejó de hacer aportes al Sistema General de Pensiones, lo que ocurrió en abril de 2007, porque no se encuentra evidencia de que en ese momento la actora ya hubiera perdido su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Sin embargo, tampoco hay certeza de que su invalidez se hubiera estructurado el 17 de diciembre de 2009, como se afirma en el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por Seguros Alfa S.A., ya que la invalidez a esa fecha corresponde al 66.3%. Por lo tanto, la señora López pudo haber perdido más del 50% de su capacidad laboral en una fecha anterior a ese dictamen, debido a que la esclerosis múltiple es una enfermedad degenerativa. Así, la fecha relevante para establecer si la actora tiene derecho a la pensión de invalidez no es aquella en que perdió el 66.3%, sino la fecha en que perdió más del 50% de su capacidad laboral, ya que es a partir de ese momento en el que se debe contabilizar los tres años en los cuales se debieron aportar más de 50 semanas.

123. Por lo anterior, aunque la Sala no encuentra evidencia suficiente para establecer la fecha en que la actora perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, lo que le impide proteger en forma permanente sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, sí tiene razones para suponer que la tutelante pudo haber perdido su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% antes del 17 de diciembre de 2009.”

Como se puede ver, es criterio de la Corte que la fecha de estructuración de la invalidez corresponda al momento en que la persona interesada perdió de manera permanente y definitiva el 50% de su capacidad laboral, si es que la misma fue generada con ocasión de una enfermedad degenerativa o congénita. Esto, porque las personas pierden paulatinamente su fuerza de trabajo y, de acuerdo a la normativa vigente, se encuentran en estado de invalidez para efectos de acceder a los beneficios del sistema pensional cuando hubieren perdido al menos el 50% de su capacidad laboral. Y es que los derechos

pensionales se adquieren al momento en que se llenan los requisitos mínimos legales para ello, y no cuando el riesgo amparado se agrava y excede dichos presupuestos.

4.1.3. En suma, (i) la situación pensional de personas que padecen enfermedades degenerativas y reclaman el reconocimiento de una pensión de invalidez, debe definirse con base en un dictamen que determine la pérdida permanente de capacidad laboral en el 50%, que tenga presente todos los elementos de juicio médicos y laborales que rodean el caso. (ii) En estos asuntos toma especial importancia la concepción social de discapacidad, porque las personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas pueden tener una capacidad laboral residual que les permita seguir trabajando y cotizando al sistema, hasta que llega un punto en que pierden definitivamente su fuerza de trabajo.

4.1.4. En este sentido, el juez constitucional no cuestiona ni pone en duda el criterio médico con base en el cual se determina la fecha de estructuración de la invalidez, pero sí llama la atención sobre la necesidad de que al momento de elaborar el dictamen, se determine con el mayor grado de precisión posible el momento en que la persona perdió el 50% de su capacidad laboral, tomando en cuenta para ello todos los elementos de juicio que obran alrededor del caso. Por tanto, para definir el momento en el cual se pierde efectivamente la capacidad laboral, el dictamen de pérdida de tal capacidad debe incorporar las razones objetivas en que se fundamenta y, en ocasiones, se debe armonizar con las manifestaciones del interesado en torno a cuándo fue el momento en que su estado de invalidez se exteriorizó, de forma que le impidió continuar realizando una labor o actividad económica para su sustento.[25]

4.2. La demandada resolvió la situación pensional del accionante con base en un dictamen que no determinó el momento de pérdida definitiva de su capacidad laboral en un 50%

4.2.1. Colpensiones EICE definió la situación pensional de Orlando Castro Rojas con base en un dictamen del ISS en el cual se estableció que tiene una pérdida de capacidad laboral del 58.8% de origen común, causada por un diagnóstico de “artritis reumatoidea clase funcional IV”, y con fecha de estructuración del mismo día de la elaboración del dictamen, esto es, el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007).[26]

4.2.2. Antes de resolver el asunto, es preciso aclarar que con base en el dictamen del ISS, al accionante le es exigible el requisito de cotizar al menos cincuenta (50) semanas en los tres

(3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, consagrado en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Primero, porque de acuerdo con esa evaluación, la invalidez del actor se estructuró en vigencia de la norma mencionada. Y segundo, porque aunque se accediera a analizar su solicitud con base en lo dispuesto en regímenes anteriores, como el de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el Decreto 758 de 1990, este seguiría sin cumplir con los requisitos para acceder a la prestación reclamada, ya que en el año inmediatamente anterior a la estructuración cotizó cero (0) semanas, no obstante tener un total de ciento cuarenta y seis (146) en su vida laboral. Ahora bien, esta circunstancia puede cambiar si el accionante demuestra, como lo pretende en sede de tutela, que la fecha de estructuración de su invalidez es anterior a la dictaminada por el ISS.

4.2.3. Para ello, señala que a partir de diferentes documentos médicos se puede colegir que presentaba una limitación severa de su capacidad funcional antes del veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007). (i) En la historia clínica elaborada por la IPS Saludcoop de Barrancabermeja, consta que entre el cinco (5) de abril y el siete (7) de octubre de dos mil cinco (2005), el accionante acudió en doce (12) oportunidades a dicho centro de salud para el tratamiento de su diagnóstico de “artritis reumatoidea”, la cual le generaba “dolor, deformidad y limitación funcional en hombros, codos y articulaciones de las manos”. [27] (ii) En una evaluación de un médico especialista en fisioterapia del siete (7) de marzo de dos mil siete (2007), se le confirmó al actor el diagnóstico de “artritis reumatoidea de 2 años de evolución”, es decir, desde el año dos mil cinco (2005). [28] (iii) Y en un certificado del catorce (14) de julio de dos mil diez (2010), realizado por el médico Francisco Javier Sánchez, se informó que el accionante “ha presentado desde hace más de 5 años [desde el año 2005] una enfermedad inflamatoria articular generalizada con compromiso de todos los segmentos corporales”. [29] En concepto del actor, estos elementos demuestran que le fue diagnosticada la enfermedad antes de la fecha de estructuración dictaminada por el ISS, y que padeció las consecuencias negativas de la misma antes del veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007), pues para entonces ya no podía mover sus hombros, codos y manos.

4.2.4. A juicio de la Sala, estos elementos probatorios no son suficientes para controvertir el dictamen conforme al cual la invalidez se estructuró en el año dos mil siete (2007). Aunque demuestran que las primeras manifestaciones de la enfermedad se produjeron en el año dos mil cinco (2005), no exponen de manera cierta y precisa que para ese momento el

actor perdió su capacidad laboral en al menos el 50%, ni que se encontraba en un estado de gravedad tal que le impidiera ejercer alguna actividad económica. No obstante, estos elementos y otros que reposan en la historia médica del accionante, pueden ser relevantes para efectos de que el órgano competente determine el momento en que el señor Orlando Castro Rojas alcanzó el 50% de pérdida de capacidad laboral.

Lo anterior teniendo en cuenta que en el presente caso, la fecha de estructuración decretada coincide con el día en que se elaboró el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en un porcentaje del 58.8%. Como la invalidez se origina en una enfermedad degenerativa, existe un 8.8% en exceso sobre el porcentaje que da lugar a los beneficios del sistema pensional. Por tanto, es válido inferir que el actor pudo haber perdido más del 50% de tal capacidad en una fecha anterior a ese dictamen, debido a que su enfermedad lo lleva a perder fuerza de trabajo paulatinamente.

Debe hacerse una distinción entre el momento de la calificación y el momento en el cual, de acuerdo a los datos clínicos, la persona llegó a un 50% de pérdida de capacidad laboral. Conforme a lo explicado en el apartado anterior, la fecha relevante para conocer si el actor tiene derecho a la pensión de invalidez no es aquella en la que se le dictaminó el 58.8% de pérdida de la capacidad laboral, sino el momento en que perdió más del 50%, ya que para efectos pensionales se entiende en circunstancias de invalidez la persona que “hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.^[30] Quienes sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, se encuentran en condición de invalidez cuando pierden la mitad de su capacidad laboral, pues tal pérdida, en este tipo de enfermedades, no se presenta inmediatamente sino de manera progresiva.^[31]

Pero además, en el dictamen no se argumenta en lo absoluto por qué la fecha de estructuración de la invalidez del actor es el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007), y por qué coincide con el día de elaboración del mismo. Si bien en algunos casos esto se debe a que reviste alguna complejidad establecer con precisión el momento exacto en que ocurrió la invalidez de una persona que padece una enfermedad degenerativa, las entidades calificadoras deben propender por acercarse lo más posible a una respuesta correcta, y exponer siempre las razones que conducen a ella.

4.2.6. En concepto de la Sala, estos elementos de juicio indican, al menos, que la fecha de

estructuración de la invalidez del actor puede ser previa a la establecida en el dictamen. Aunque no se encuentra evidencia suficiente para establecer el momento exacto en que el actor perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral, sí hay motivos suficientes para suponer que esa circunstancia se dio en un porcentaje superior al 50% antes del veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007), pues hay un exceso de 8.8% de pérdida de fuerza de trabajo que da lugar a la invalidez, el cual, naturalmente, habría de ser anterior a la fecha de calificación.

4.2.4. En consecuencia, Colpensiones EICE le negó la pensión de invalidez al accionante con base en un dictamen que no estableció el momento preciso en el que perdió definitivamente el 50% de su capacidad laboral. Esa actuación no se corresponde con el derecho de las personas que padecen enfermedades degenerativas a que la fecha de estructuración de la invalidez se fije en relación con el momento en que cumplen los requisitos mínimos para acceder a los beneficios del sistema pensional y, en ese sentido, impidió que a una persona que cotizó al sistema de buena fe le fuera examinada su solicitud adecuadamente, con apego a todas las circunstancias fácticas relevantes. Por tanto, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la demandada emitir un nuevo dictamen, con base en el cual pueda examinarse la situación pensional del accionante.

4.3. El hecho de que al accionante le hubieran reconocido la indemnización sustitutiva no impide que pueda evaluarse nuevamente su derecho pensional, y eventualmente reconocerle la pensión de invalidez

4.3.1. Uno de los argumentos que esgrimió Colpensiones EICE para negarse a revisar la situación pensional del accionante, es que él “tiene reconocida una prestación económica en el Sistema General de Pensiones [la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez] que es incompatible con la que ahora se encuentra en estudio”. [32] Específicamente, señaló que el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 [33] establece que “[...] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”, y que en esa dirección no era posible que a una misma persona se le reconocieran dos prestaciones con cargo al sistema de prima media.

4.3.2. Al respecto, la Sala considera que el hecho de que al actor le hubieran reconocido la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de

reconocerle la pensión de invalidez, por las siguientes razones:

4.3.2.1. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad. Diversas salas de revisión de la Corte han reconocido la pensión de invalidez en cabeza de personas que ya les había sido otorgada una indemnización sustitutiva, sobre la base de que la incompatibilidad de esas prestaciones no es óbice para reexaminar el asunto, y que desde el primer acto que resolvía la solicitud pensional podía predicarse que la persona interesada tenía el derecho a la pensión,[34] ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o se aplicó equivocadamente una norma sustantiva.[35] En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.

Esa doctrina constitucional se fundamenta en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), en el sentido de que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no puede significar la renuncia a percibir una pensión a la cual se tenía derecho desde el principio. El derecho a determinada prestación nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. El accionante puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación. En su caso, de encontrarse que tiene derecho a la pensión de invalidez, tendría que decirse que el mismo se perfeccionó desde el momento en que se estructuró su invalidez.

La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen en gran medida de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la

alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de irrenunciabilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana.[36]

4.3.2.2. De otra parte, cabe precisar que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez al accionante no afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del actor financien solamente una prestación. De esta forma, se cumpliría con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social. En diferentes oportunidades la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, para que descuente lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital.[37]

4.3.2.3. Y finalmente, es apenas lógico que al accionante le evalúen nuevamente su solicitud pensional, pues como se demostró en el apartado anterior, el dictamen que sirvió de base para negarle la pensión de invalidez no analizó el momento exacto en el que perdió el 50% de su capacidad laboral y, en ese sentido, el tutelante tiene derecho a que su situación pensional se defina con base en un dictamen que determine una fecha de pérdida definitiva de la capacidad laboral más ajustada a su situación.

4.3.3. Con base en lo expuesto, la Sala no observa que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva al accionante sea un impedimento para que vuelva a evaluarse su situación pensional, ni que eventualmente pueda reconocérsele la pensión de invalidez.

5. Conclusión y órdenes

5.1. Orlando Castro Rojas tiene derecho a que su situación pensional se resuelva con base en un dictamen que establezca el momento en que perdió su capacidad laboral en un 50%, pues padece una enfermedad degenerativa y la fecha relevante para examinar la titularidad o no de su derecho a la pensión de invalidez es aquella en la que alcanzó los presupuestos mínimos legales.

5.2. En consecuencia, la Sala Primera de Revisión revocará la sentencia del veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, que confirmó el fallo del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013) emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barrancabermeja, el cual denegó el amparo de los derechos fundamentales de Orlando Castro Rojas.

5.3. En su lugar, se amparará el derecho a la seguridad social del accionante, y se ordenará a Colpensiones EICE realizar las gestiones administrativas tendientes a efectuar una nueva evaluación al señor Orlando Castro Rojas, de suerte que se establezca el momento en que el accionante perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral en más de un cincuenta por ciento (50%). Con base en el resultado de esa gestión, la demandada deberá fijar la fecha de estructuración de su invalidez, procediendo a estudiar de nuevo su petición de reconocimiento de la pensión de invalidez. De encontrarse que al actor le asiste el derecho a la pensión de invalidez, Colpensiones EICE podrá descontar de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, sin que se afecte el derecho al mínimo vital del beneficiario.

La orden se dirige a Colpensiones EICE, no porque la Sala estime que haya sido la responsable de la situación que produjo la violación de los derechos fundamentales, sino porque legalmente está en la posición de ofrecer al actor un remedio constitucional adecuado para la afectación de sus derechos y además estuvo vinculada al trámite de tutela como entidad demandada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, que confirmó el fallo del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013) emitido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barrancabermeja, el cual denegó el amparo de los derechos fundamentales de Orlando Castro Rojas por considerar improcedente la acción de tutela. En su lugar,

CONCEDER el amparo del derecho a la seguridad social del accionante.

Segundo.- ORDENAR a Colpensiones EICE que, en el término de diez (10) días hábiles contados partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, disponga los trámites pertinentes para que se efectúe una nueva evaluación al señor Orlando Castro Rojas, de suerte que se establezca el momento en que perdió en forma permanente y definitiva su capacidad laboral en más de un cincuenta por ciento (50%). Con base en el resultado de esa gestión, dentro los quince (15) días hábiles siguientes, procederá a estudiar nuevamente su petición de reconocimiento de la pensión de invalidez. De encontrarse que al actor le asiste el derecho a la pensión de invalidez, el acto administrativo de reconocimiento deberá ser expedido en un término máximo de quince (15) días hábiles. En este evento, Colpensiones EICE podrá descontar de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, sin que se afecte el derecho al mínimo vital del beneficiario.

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

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

SONIA MIREYA VIVAS PINEDA

Secretaria General (E)

[1] Se aportó copia de la cédula de Ciudadanía del señor Orlando Castro Rojas, en la cual se puede advertir que nació el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) (folio 21 del cuaderno principal). En adelante, cuando se haga referencia a un

folio del expediente, se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

[2] Dictamen de pérdida de capacidad laboral del accionante, realizado por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social (ISS) el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007) (folio 26).

[3] Ibíd. Ciertamente, en el dictamen se establece que el accionante tiene una pérdida de capacidad laboral del cincuenta y ocho punto ocho por ciento (58.8%,) con fecha de estructuración el mismo día de la elaboración del dictamen, esto es, el veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007) (folio 26).

[4] Resumen de semanas cotizadas por el accionante, elaborado por Colpensiones EICE. Allí se puede observar que el accionante cotizó un total de ciento cuarenta y seis (146) semanas en su vida laboral, y que cero (0) corresponden a los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pues su último aporte fue realizado el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil dos (2002) (folio 15 del cuaderno de revisión).

[5] Folio 18 del cuaderno de revisión.

[6] Folio 22.

[7] El actor solicitó nuevamente la pensión de invalidez el catorce (14) de junio de dos mil trece (2013), aduciendo que Colpensiones EICE era la nueva entidad encargada de definir su situación prestacional (folio 22).

[8] Folio 22.

[9] Folios 13 al 22 del cuaderno de revisión.

[10] Folio 31.

[11] Folio 30.

[12] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[13] Respecto de la procedencia de la tutela para solicitar la pensión de invalidez puede

observarse, entre otras, la sentencia T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). En esa oportunidad la Corte analizó varios casos sobre los cuales se debatía la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez originada en una enfermedad común. Dentro de la parte considerativa de la providencia, se afirmó que para “el caso de las personas con discapacidad, es evidente que la intensidad en la evaluación del perjuicio irremediable debe morigerarse en razón de la capacidad material que tiene este grupo poblacional para el acceso a los instrumentos judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental.” Igualmente pueden observarse, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-145 de 2008 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-075 de 2009 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), y T-217 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

[14] Ciertamente, el accionante manifiesta en el escrito de tutela lo siguiente sobre su afectación al mínimo vital: “[...] por mi estado de salud, y conforme la invalidez que consta en el dictamen laboral, por no poder trabajar y por ende obtener recursos siquiera mínimos para subsistir, me encuentro en debilidad manifiesta y vulnerabilidad, pues día a día se hace más difícil para mí subsistir e incluso puedo quedar en la calle en cualquier momento, ante la posibilidad de perder el único familiar que puede hacerse cargo de mí. Como consta en mi historia clínica, requiero de una persona para realizar todas las labores de autocuidado”. (folio 4).

[15] En efecto, el texto completo del artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 establece lo siguiente: “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela. || El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

[16] Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, artículo 76. “Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en

cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. || (...) Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios”. (Subrayado fuera del texto)

[17] Al respecto, puede observarse, entre otras, la sentencia T-361 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla). En esa oportunidad, la Sala Sexta de Revisión declaró procedente una acción de tutela mediante la cual se pretendía el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y al momento de resolverse la tutela la entidad demandada (ISS) no se había pronunciado sobre el recurso de apelación interpuesto. A pesar de que la entidad no se había terminado de pronunciar, la Corte decidió que la acción de tutela era procedente y otorgó la pensión de sobreviviente a la accionante, quien era la madre del causante. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias T-335 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez) y T-950 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo).

[18] Certificado de notificación personal de la Resolución No. 231634 del once (11) de septiembre de dos mil trece (2013), proferida por Colpensiones EICE (folio 24).

[19] Folio 2.

[20] Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, preámbulo.

[22] El artículo 3° del Decreto 917 de 1999 “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995” establece: “Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. 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”.

[23] Lo anterior no obsta para reconocer que luego de alcanzarse un nivel de pérdida de capacidad laboral considerable, las personas mantengan una capacidad residual para desempeñarse en su trabajo y puedan seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones. Evento en el cual deben serles tenidos en cuenta los aportes efectuados a partir de ese momento. Al respecto pueden observarse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2009 (MP Juan

Carlos Henao Pérez), T-561 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-103 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-671 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-022 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), y T-886 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[24] MP María Victoria Calle Correa.

[25] Corte Constitucional, sentencias T-699A de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-561 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-103 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-671 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-420 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-022 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), y T-886 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[26] Folio 26.

[27] Folios 13 al 22 del cuaderno de revisión.

[28] Folio 31.

[29] Folio 30.

[30] Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral”, artículo 38: “[p]ara 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.” El fragmento subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-589 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla). Allí se sostuvo que imponer un límite cuantitativo para establecer la condición de invalidez no vulnera el derecho a la igualdad de quienes ostentan un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%), por cuanto este último grupo poblacional podía continuar ejerciendo sus actividades económicas, y así realizar más aportes al sistema hasta tanto alcancen otro beneficio prestacional.

[31] Corte Constitucional, sentencia T-428 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa).

[32] Este razonamiento lo expuso en la Resolución No. 231634 de dos mil trece (2013), a propósito de una segunda petición de reconocimiento pensional realizada por el accionante

(folio 22).

[33] “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”.

[34] Al respecto, basta citar las sentencias T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-1030 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo), T-870 de 2009 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-482 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), mediante las cuales se reconoció el derecho a la pensión de invalidez a personas que ya habían sido beneficiarias de una indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, bajo el entendido de que la incompatibilidad de las prestaciones no significa erosionar el principio de irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social.

[35] Sobre la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con otro tipo de pensiones, como la de vejez o sobrevivientes, pueden observarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-950 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo), SU-132 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada), T-508 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla), T-069 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) y T-228 de 2014 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

[36] Es reiterada la jurisprudencia constitucional que ha establecido el carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes. Al respecto, puede observarse, entre otros, lo dicho en la sentencia T-414 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), en la cual se sostuvo: “[...] el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos

fundamentales.” Al respecto, pueden observarse, entre muchas otras, las sentencias T-326 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-019 de 2009 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-642 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-801 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-044 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), y SU-132 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada).

[37] Al respecto, puede observarse, entre otras, la sentencia T-003 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo), en la cual se amparó el derecho a la seguridad social de una persona que reclamaba la pensión de sobrevivientes, y previamente al causante le había sido reconocida una indemnización sustitutiva. Sobre el descuento de esta última prestación se resolvió lo siguiente: “la Sala le ordenará a Colpensiones que revise la historia laboral de la señora Odeilda Franco García y en caso que cumpla con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores a su fallecimiento, se ordena que le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a su hijo Giovanni Jaramillo Franco. En caso que haya reclamado la indemnización sustitutiva, la entidad accionada deberá hacer un cálculo y descontarle esta prestación de manera periódica, sin que la pensión de sobrevivientes sea inferior a un salario mínimo legal”. En el mismo sentido, puede observarse la sentencia T-599 de 2012 (MP. María Victoria Calle Correa).