

T-608-16

Sentencia T-608/16

ACCION DE TUTELA PARA RESOLVER CONFLICTOS ENTRE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y SUS AFILIADOS-Procedencia excepcional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Relación

Aunque es claro el carácter fundamental del derecho a la seguridad social (en particular el derecho a la pensión), es innegable la relación que existe entre éste y el derecho fundamental al mínimo vital, más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son destinatarias de una especial protección constitucional.

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución normativa en relación con los requisitos para su obtención

FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Concepto

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

PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Dificultad en contabilizar las semanas de cotización por el carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Vulneración por Colpensiones al desconocer los precedentes constitucionales sobre la verificación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez en los casos de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas

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

Referencia: Expediente T-5.683.628

Acción de tutela instaurada por Manuel Serrano Ortega contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)

Procedencia: Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Asunto: Reconocimiento de pensión de invalidez en casos de enfermedades catastróficas y degenerativas. Contabilización del requisito de cotización de cincuenta semanas.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Aquiles Arrieta Gómez (e), y por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 13 de abril de 2016, que confirmó la sentencia proferida el 3 de marzo de 2016, por el Juzgado 2º de Familia de Oralidad de la misma ciudad, por medio de la cual se denegó el amparo constitucional solicitado por Manuel Serrano Ortega.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. El 22 de agosto de 2016, la Sala Número Ocho de Selección de Tutelas de esta Corporación, escogió el presente caso para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El 17 de febrero de 2016, el señor Manuel Serrano Ortega, promovió acción de tutela contra COLPENSIONES, por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. El actor indicó que la afectación de sus derechos se desprende de la resolución proferida el 12 de enero de 2016, en la que dicha entidad denegó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que, considera, tiene derecho, bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral[1].

A. Hechos y pretensiones

El accionante, de 50 años, sufrió un accidente y en consecuencia presenta parálisis en la mitad inferior del cuerpo, que le impide caminar por sus propios medios y debe utilizar silla de ruedas, por lo que fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 75%. Además, señaló que actualmente no cuenta con una fuente de ingresos que le permitan subsistir.

2. El peticionario destacó que a pesar de sus esfuerzos, tras la clausura de la cooperativa de vecinos en la que trabajó hasta el 30 de noviembre de 2013 no ha obtenido un nuevo trabajo, pues su enfermedad es progresiva y degenerativa, y se enfrenta a diversas barreras sociales relacionadas con sus condiciones físicas. Sobre esas circunstancias en el escrito de tutela precisó que:

“(…) a raíz de la paraplejia que padece, y debido a numerosas infecciones urinarias, perdió la capacidad de retener la orina, ocasionando numerosos accidentes y debido a eso genera un rechazo de todas las personas que trabajaban a su alrededor, además de estar postrado en una silla de ruedas y no contener la orina, la barrera social para acceder a un trabajo es insuperable (...)”[2].

3. El actor adujo que cotizó 740 semanas al régimen de prima media con prestación definida, en ejercicio de las actividades que desempeñó con su capacidad laboral residual, particularmente en labores de vigilancia en instituciones educativas en la ciudad de Cúcuta y la confección de artesanías en una cooperativa de vecinos.

4. De acuerdo con lo expuesto, el accionante indicó que buscó trabajo por más de tres años, pero las barreras sociales y el carácter progresivo de su enfermedad le impidieron obtener un nuevo empleo, razón por la que elevó petición ante COLPENSIONES en la que solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

5. El 19 de julio de 2015 la entidad accionada emitió dictamen en el que determinó que Manuel Serrano Ortega tiene una pérdida de capacidad laboral del 75%, derivada de enfermedades de origen común (“vejiga neurogénica”, “trauma raquimedular con nivel sensitivo T11 y paraplejia en miembros inferiores”[3]) y estableció como fecha de estructuración el 15 de abril de 1986.

6. Mediante Resolución GNR7204 expedida el 12 de enero de 2016, la entidad accionada denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por no encontrar acreditado el requisito previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es decir la cotización de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Para arribar a esa conclusión, COLPENSIONES aludió al carácter progresivo de la enfermedad del actor, refirió algunas consideraciones expuestas en la sentencia T-163 de 2011 de esta Corporación y en el concepto de 26 de diciembre de 2014 emitido por la “Gerencia Nacional de Doctrina”[4], y con base en éstas indicó que el parámetro para la contabilización de las referidas semanas es el momento en el que se califica la pérdida de capacidad laboral, que en el caso del actor fue el 19 julio de 2015, fecha a partir de la cual no se acreditó la cotización de 50 semanas durante los 3 años anteriores.

7. Con fundamento en los hechos expuestos, el señor Manuel Serrano Ortega presentó acción de tutela con el propósito de que se verifiquen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a partir del momento en el que se quedó sin empleo, pues considera que desde ese hito se configuró, en forma definitiva, la invalidez y se concretó la barrera social para el acceso a una oportunidad laboral que le permita proveerse su sustento.

B. Actuaciones en sede de tutela

Por medio de auto del 19 de febrero de 2016[5], el Juzgado 2º de Familia de Oralidad del Circuito de Cúcuta, admitió la acción de tutela y corrió traslado de la demanda a

COLPENSIONES, con el fin de que ejerciera su derecho de defensa.

Respuesta de COLPENSIONES

Mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2016[6], la Vicepresidente Jurídica y Secretaria General de la Administradora Colombiana de Pensiones solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela formulada por Manuel Serrano Ortega por el incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad, ya que el actor cuenta con vías ordinarias para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Fallo de primera instancia

El 3 de marzo de 2016[7], el Juzgado 2º de Familia de Oralidad del Circuito de Cúcuta decidió negar el amparo solicitado, por considerar que respecto del actor no concurren los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y que la acción de tutela no cumple el presupuesto de subsidiariedad. En particular, el juez indicó que de acuerdo con la fecha de estructuración de la invalidez establecida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, esto es, el 15 de abril de 1986, el actor no cumple con el requisito previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es decir la cotización de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

En cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, el a-quo destacó que el peticionario no controvertió el dictamen respecto a la fecha de estructuración, ni formuló recursos contra el acto administrativo que denegó el reconocimiento de la pensión y cuenta con mecanismos judiciales ordinarios para formular su pretensión. En ese mismo sentido indicó que aunque está demostrado que la pérdida de capacidad laboral del accionante asciende al 75%, no se comprobó una afectación del mínimo vital “si se tiene en cuenta que el citado señor según su versión dejó de trabajar formalmente desde el año 2013 habiendo transcurrido ya alrededor de dos años y medio, época en la que se presume ha venido solventado inclusive sus gastos más necesarios”[8]

Impugnación

El 10 de marzo de 2016[9], el accionante impugnó el fallo de primera instancia. En el escrito de impugnación solicitó al juez constitucional hacer “(...) un ajuste razonable a la

interpretación de la norma”[10], de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, para que se tomara como fecha de estructuración el momento en el que, de forma definitiva, vio disminuidas sus condiciones físicas y como consecuencia de esta circunstancia se erigieron barreras sociales que le impiden desarrollar una actividad económica.

También confrontó las conclusiones del a-quo sobre la afectación del mínimo vital y la incuria que se le endilgó frente a la controversia del dictamen pericial. Respecto al primer asunto, aseveró que carece de ingresos y “VIV[E] DE LA CARIDAD de los demás (...)”[11] y precisó que no confrontó el dictamen porque está de acuerdo con las conclusiones a las que arribó, particularmente con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la invalidez.

Fallo de segunda instancia

Mediante sentencia del 13 de abril de 2016[12], la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta confirmó el fallo de primera instancia. En particular, el ad-quem refirió el carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia excepcional cuando los mecanismos ordinarios de defensa no resulten idóneos para la protección de los derechos aparentemente conculcados o como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Frente al presupuesto de subsidiariedad, el juez destacó la posibilidad de controvertir los dictámenes de calificación de invalidez y las omisiones del actor, pues no cuestionó el dictamen médico laboral, no acreditó la configuración de un perjuicio irremediable derivado de la grave afectación del derecho al mínimo vital, ni comprobó, de forma sumaria, la ineficacia de las vías ordinarias a su alcance para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Finalmente, señaló que la conducta de la entidad accionada y en particular la decisión que emitió, no resulta evidentemente arbitraria o infundada, ni constitutiva de una vía de hecho.

D. Actuaciones en sede de revisión

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, mediante auto proferido el 26 de

septiembre de 2016[13], la Magistrada Sustanciadora requirió al accionante para que informara a esta Corporación su condición socio económica, particularmente el monto de sus ingresos, gastos personales y demás necesidades, las personas con las que vive, si tiene bienes a su nombre y personas a cargo, e indicara si presentó algún recurso contra la resolución GNR7204 de 12 de enero de 2016, a través de la que se denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En el mismo auto, se requirió a COLPENSIONES para que señalara si contra la resolución en la que denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por Manuel Serrano Ortega se presentó algún recurso.

Frente a las preguntas elevadas en esta sede el actor guardó silencio mientras que la autoridad accionada a través de oficio del 5 de octubre de 2016 precisó “(...) que el ciudadano Manuel Serrano Ortega (...) a la presente fecha, no ha presentado recurso alguno contra la resolución GNR7204 del 12 de enero de 2016.”[14]

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1.- Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2.- Como se indicó en el acápite de hechos, el señor Manuel Serrano Ortega presentó acción de tutela, por considerar que COLPENSIONES vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no cumple con el requisito establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que corresponde a 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En particular, el actor señaló que de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la entidad accionada debe verificar el cumplimiento del mencionado requisito a partir del momento de la última cotización, hito que evidencia la imposibilidad de

acceder a un trabajo como consecuencia de las barreras sociales derivadas de su situación de discapacidad y de las afectaciones de salud que lo aquejan.

3.- Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, que contabilizó a partir del momento en el que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral?

Para resolver la cuestión planteada, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas: (i) la subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela; (ii) el derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital; (iii) la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral; y (v) el análisis del caso concreto.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Subsidiariedad

4.- El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que “[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. (Resaltado fuera del texto original).

Del texto de la norma se evidencia que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, en la sentencia T-373 de 2016[15], la Corte Constitucional reiteró que, cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el

ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”[16].

Ahora bien tal perjuicio se caracteriza: “(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”[17].

En relación con el segundo supuesto, la Corte Constitucional ha establecido que se debe demostrar la necesidad de la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y se debe evaluar la posibilidad que tiene el accionante para acudir a los mecanismos de la jurisdicción ordinaria para definir si el amparo constitucional procede de forma definitiva o transitoria[18].

5.- Por otra parte, este Tribunal se ha pronunciado de forma particular sobre la procedencia del amparo constitucional contra decisiones proferidas por entidades administradoras de pensiones. En particular, en la sentencia T-142 de 2013[19], reiterada por la T-326 de 2015[20], este Tribunal estableció que en esos casos es necesario demostrar: (i) un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado y (ii) la afectación del mínimo vital.

6.- En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales de procedencia de la acción de tutela, en las que se establece que el amparo constitucional sólo procede en los casos en que (i) no existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger los

derechos fundamentales invocados en la tutela y (ii) a pesar de que exista el mecanismo idóneo, no resulta eficaz ante la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable esto es, una afectación inminente, grave y urgente. En relación con el segundo presupuesto, se reitera que el juez constitucional debe evaluar las condiciones particulares de cada caso para verificar si el amparo constitucional procede como mecanismo transitorio o definitivo.

Asimismo, se reitera que en los casos de acciones de tutela contra decisiones proferidas por entidades administradoras de pensiones, el demandante debe demostrar: (i) que ha realizado actuaciones para obtener la protección del derecho reclamado y (ii) la afectación de su mínimo vital.

Inmediatez

7.- Esta Corporación ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad[21], su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo[22], bajo el entendido que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

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

En estos casos, el análisis de procedibilidad excepcional de la petición de protección constitucional se torna menos estricto y está condicionado a la verificación de los siguientes presupuestos[23]: (i) la existencia de razones válidas y justificadas de la inactividad procesal, como podrían ser la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para formular la solicitud de amparo en un término razonable, la ocurrencia de un hecho nuevo[24], entre otros; (ii) cuando la vulneración de los derechos fundamentales es continua y actual; (iii) la carga de la interposición de la solicitud de amparo en un determinado plazo resulta, de una parte, desproporcionada debido a la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, y de

otra, contraria a la obligación de trato preferente conforme al artículo 13 Superior.

Estas reglas jurisprudenciales, han sido observadas por la Corte en diferentes pronunciamientos. En efecto, en sentencia T-485 de 2011[25], este Tribunal expresó que la carga de imposición de la acción de tutela en un determinado tiempo resulta desproporcionada cuando los accionantes son de la tercera edad[26] y se encuentran en una situación de debilidad manifiesta originada por la precaria situación económica que viven, debido a la falta de reconocimiento de la pensión que reclamaban y a su delicado estado médico. En aquella oportunidad se reiteró que la inmediatez no puede alegarse como excusa para eludir la protección constitucional requerida por una persona que sufre serios deterioros en su salud[27].

En sentencia T-383 de 2009[28], esta Corporación consideró que la demora en la formulación de la acción de tutela se debió a motivos válidos que le impidieron al actor solicitar la protección constitucional en determinado plazo, pues se acreditó en el expediente que se trataba de una persona de escasos recursos económicos, con graves problemas de salud que le generaron la declaratoria de invalidez, situaciones que justifican el paso del tiempo entre la vulneración acusada y la presentación del amparo y hacen menos estricto el requisito de procedibilidad atinente a la inmediatez.

Posteriormente en sentencia T-805 de 2012[29], la Corte consideró que el periodo de tiempo transcurrido para interponer el amparo fue razonable, en atención a las especiales condiciones del actor, pues se trató de una persona de la tercera edad (77 años), sin la posibilidad económica para sufragar sus gastos de subsistencia y su precaria situación de salud. Lo que además demostró que la amenaza de sus derechos fue continua y actual.

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

8.- Esta Corporación ha definido la naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social, con fundamento en el artículo 48 Superior, al establecer que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social[30] y en especial los derechos pensionales.

En efecto, como se estableció en la sentencia T-250 de 2015[31], el amparo de los derechos

sociales fue admitido por esta Corporación desde el año 1992[32], inicialmente bajo la tesis de la “conexidad”, al demostrarse un nexo inescindible entre el derecho social y un derecho fundamental[33]. Sin embargo, actualmente la Corte abandonó el análisis del carácter fundamental de los derechos sociales a partir de argumentaciones ajenas a la naturaleza propia del derecho como lo proponía la tesis de la conexidad[34], para afirmar que todos los derechos constitucionales son fundamentales, y aquellos que tienen una faceta esencialmente prestacional son susceptibles de protegerse por vía de tutela, una vez se han definido por el Legislador o la administración en los distintos niveles territoriales, las prestaciones debidas de forma clara y precisa, de manera que constituyan derechos subjetivos de aplicación directa[35].

En materia del derecho a la seguridad social, este Tribunal estableció que:

“(…) una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados –prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela (…)”[36]

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

“(…) garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”[37]. [Además], “(…) el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[38] (Negritas fuera de texto).

10.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[39], en el artículo XVI establece el derecho a la seguridad social como la protección “(...) contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.” (Resaltado fuera del texto original).

11.- En conclusión, aunque es claro el carácter fundamental del derecho a la seguridad social (en particular el derecho a la pensión), es innegable la relación que existe entre éste y el derecho fundamental al mínimo vital, más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son destinatarias de una especial protección constitucional.

Breve descripción de la evolución normativa sobre pensión de invalidez en la legislación colombiana

13.- El Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, modificaba algunas normas del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. En particular, el artículo 6º del Decreto estableció que para acceder a la pensión de invalidez de origen común era necesario reunir los siguientes requisitos:

“a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

14.- El Decreto 758 de 1990 fue derogado por la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el propósito de ampliar la cobertura en la protección del derecho a la seguridad social de toda la población y unificar sus reglas de acceso. Los artículos 38 y 39 de dicha normativa modificaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los siguientes términos:

“ARTICULO. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada

intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”

15.- Diez años después, el Congreso reformó dicha regulación a través de la Ley 797 de 2003. No obstante, el artículo 11 de este cuerpo normativo fue declarado inexecutable por vicios de procedimiento en la sentencia C-1056 de 2003.

En consecuencia, debido a la inexecutable de la Ley 797 de 2003, continuó vigente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

16.- Posteriormente, la Ley 860 de 2003 modificó, en asuntos precisos, la Ley 100 de 1993. En particular, dispuso que el artículo 39 quedaría así:

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

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

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de

los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

(Los partes subrayados fueron declarados inexecutable en la sentencia C-428 de 2009).

17.- En conclusión, la legislación sobre pensión de invalidez ha sido objeto de varias modificaciones en las últimas décadas. Cada una de ellas ha determinado el momento en el cual empieza a regir y deja sin vigencia la norma anterior, de ahí que, por regla general, la legislación aplicable para que una persona solicite la pensión de invalidez cuando presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50% sea aquella que estaba vigente a la fecha de la estructuración de la enfermedad.

El alcance del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en relación con la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral

18.- El artículo 3º del Decreto 917 de 1999[40], establece la forma en que debe declararse la fecha en que se configuró, de manera permanente y definitiva, la pérdida de la capacidad laboral. A tal nivel de convencimiento debe arribar el personal calificado y especializado, a partir del análisis integral de la historia clínica y ocupacional, de los exámenes clínicos y de las ayudas diagnósticas que se requieran. Luego, el dictamen de capacidad laboral y la fecha de estructuración corresponden a un concepto médico.

La determinación del momento en que quien es calificado pierde definitivamente un porcentaje de su capacidad laboral, debe armonizarse con el procedimiento establecido en el artículo 4º del Decreto 917 de 1999[41].

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

“(…) aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio.” (Énfasis agregado) y los fundamentos de derecho son “todas las normas que se aplican al caso de que se trate.”[42]

En ese sentido, la calificación integral de la invalidez, de la que hace parte la fecha de estructuración, deberá tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano[43], pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede ofrecer su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales[44].

19.- Del mismo modo, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, una persona se encuentra en situación de discapacidad “(…) desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”[45], situación que no puede ser ajena a la valoración probatoria integral que deben realizar los expertos.

20.- Así las cosas, es razonable exigir una valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales que rodean al sujeto calificado al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez, debido al impacto que tal decisión tiene sobre el derecho a la seguridad social, lo que determina su relevancia constitucional[46].

21.- Generalmente, la fecha de estructuración coincide con la incapacidad laboral del trabajador, sin embargo, en ocasiones la pérdida de capacidad es progresiva en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuración de la invalidez. En este sentido, se evidencia que en algunas ocasiones existe una diferencia temporal entre la total incapacidad para

trabajar y el momento en que se inició la enfermedad, presentó su primer síntoma u ocurrió el accidente, según sea el caso[47].

La falta de concordancia entre la fecha de estructuración y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral, puede explicarse por la presencia de enfermedades crónicas, padecimientos de larga duración, enfermedades congénitas o degenerativas, bien sea porque se manifestaron desde el nacimiento o a causa de un accidente. Lo anterior implica que una pérdida de capacidad laboral generada de manera paulatina en el tiempo[48] en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuración dictaminada, pues aquella, en los mencionados eventos, se limita a informar el momento en que acaeció la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.

22.- Esta situación puede llevar a la violación de los derechos fundamentales de las personas que tienen una invalidez que se agrava de manera progresiva, ya que pueden continuar en el mercado laboral y realizar los correspondientes aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, pero cuando solicitan el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, las entidades administradoras de los fondos de pensiones no tienen en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y bajo ese entendido, les niegan el reconocimiento de sus derechos pensionales. Para esta Corporación tales prácticas también pueden llegar a configurar un enriquecimiento sin justa causa de las entidades administradoras de pensiones y/o riesgos profesionales, ya que: “(...) no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión”[49].

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

23.- Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha destacado que en los eventos en los que se presenta una divergencia entre la fecha de estructuración de la invalidez y el momento en el que, efectivamente, a la persona le resulta imposible procurarse los medios

económicos de subsistencia, suelen presentarse dos cursos de acción comunes. El primero, corresponde a la confrontación de la fecha de estructuración establecida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, en la medida en que en éste no se consideró la capacidad residual que le permitió al usuario seguir entregando su fuerza laboral al mercado y, de esa forma, procurarse subsistencia. En el segundo, aunque se admite la fecha de estructuración del dictamen, se cuestiona el análisis del cumplimiento de los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez que adelanta el fondo de pensiones.

24.- El segundo curso de acción, en el que el afiliado no cuestiona el concepto de las autoridades médicas respecto a la fecha de estructuración sino la percepción y verificación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de los fondos de pensiones, particularmente cuando consideran únicamente la fecha de estructuración y desconocen las cotizaciones posteriores, es el más común.

En esos eventos, en sede de tutela se han considerado irrazonables los análisis que adelantan los fondos de pensiones que se limitan a la verificación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración fijada en el dictamen, ya que no toman en cuenta las cotizaciones posteriores efectuadas por el usuario, el enriquecimiento indebido del sistema de seguridad social, desconocen las condiciones materiales que rodean la situación del afiliado, ignoran el concepto de invalidez establecido jurisprudencialmente, y castigan la buena fe del cotizante, quien a pesar de la disminución de sus condiciones físicas permanece en el mercado laboral y contribuye, de forma solidaria, al sistema de seguridad social.

En particular, en la sentencia T-710 de 2009[50], este Tribunal manifestó que existen casos en los que a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad del actor, aquel conservó sus capacidades funcionales, pudo continuar con su trabajo y aportó al sistema de seguridad social por un periodo de tiempo posterior a la fecha señalada como estructuración de su invalidez, es decir, se mantuvo activo en el mercado laboral, realizó las cotizaciones a seguridad social y sólo ante el progreso de la enfermedad, tuvo la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y realizar la correspondiente calificación de su pérdida de capacidad laboral. Bajo ese entendido, la negativa de la administradora de pensiones a reconocer los aportes realizados con posterioridad a la determinación de la invalidez genera, de una parte, la falta de reconocimiento de su derecho pensional y, de otra, un

enriquecimiento injustificado del sistema de seguridad social.

Posteriormente, en la sentencia T-163 de 2011[51], esta Corporación afirmó que cuando una entidad está encargada de reconocer una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a la que se le ha determinado una fecha de estructuración de forma retroactiva, deben tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, en especial, durante el periodo de tiempo comprendido entre dicha fecha y el momento en que el usuario pierde su capacidad para trabajar de forma permanente y definitiva.

Este criterio fue reiterado en la sentencia T-420 de 2011[52], que concluyó que la falta de correspondencia entre la fecha de estructuración de la invalidez y el momento en que se da la pérdida de capacidad laboral ante la existencia de una enfermedad degenerativa, puede acreditarse por: (i) el paso del tiempo entre el presunto día en que se generó la incapacidad para trabajar y la solicitud de la pensión; y (ii) la cotización con posterioridad al presunto evento incapacitante realizada por el usuario como consecuencia del desarrollo de su actividad laboral hasta el momento en que sus condiciones de salud se lo permitieron.

De igual manera, la sentencia T-158 de 2014[53], estableció que en el trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, se debe tener como fecha real y efectiva de invalidez el momento en que le fue imposible continuar activo en el mercado laboral, producto de la progresión de sus padecimientos, por lo que será ese el momento en que perdió de forma definitiva y permanente su capacidad laboral y a partir del cual se debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable en el caso concreto.

Recientemente, en la sentencia T-153 de 2016[54] este Tribunal expresó que las decisiones de las autoridades o entidades deben fundarse en criterios de racionalidad y razonabilidad. De acuerdo con esas exigencias consideró que la decisión de la entidad accionada de denegar el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante bajo el argumento de que no tenía ninguna semana cotizada al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la fecha de estructuración -la cual era cercana a la fecha de nacimiento del peticionario- restringió los derechos fundamentales del actor con base en razones de

estricta legalidad y sacrificó valores constitucionales significativos. En concordancia con lo anterior, precisó que para la determinación del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez “(...) debe considerarse como punto de partida el de la última cotización efectuada como quiera que, la persona en situación de discapacidad, especialmente protegida, laboró y cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, con posterioridad a la fecha de estructuración determinada.”

Con base en los precedentes referidos se advierte que para el amparo de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional que padecen enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, y cuentan con un porcentaje de invalidez superior al 50%, pero la fecha de estructuración no coincide con el momento en el que se concretó la imposibilidad de acceder al mercado laboral para proveerse su subsistencia, resulta imperativo que el análisis del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez considere el ejercicio de las actividades laborales luego de la fecha de estructuración y el momento en el que, de forma definitiva, surgió la imposibilidad de procurarse medios de subsistencia.

Recientemente, en la sentencia SU-442 de 2016[55] la Corte se ocupó del principio de condición más beneficiosa en el reconocimiento de la pensión de invalidez, refirió sus fundamentos constitucionales, precisó su concepto y los alcances que se derivan de aquél, y con base en esos insumos destacó que dicho principio, en el marco del régimen aplicable para el reconocimiento de la mencionada prestación “(...) no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia.”

25.- La jurisprudencia ha establecido la necesidad de que se reconozcan las semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración y que el cumplimiento de los requisitos de la pensión se verifique a partir del momento en el que se produjo la pérdida de la fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva, postulados bajo los que se han considerado diversos hitos para constatar el requisito de tiempo mínimo de cotización, a saber: (i) la fecha de la última cotización al sistema[56]; (ii) el momento en el que se elevó la solicitud de reconocimiento pensional[57] y (iii) el momento en el que se expidió el dictamen de pérdida de capacidad laboral[58].

Cómo se ve, la determinación del hito a partir del cual se verifica el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez en los casos de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas atiende a una situación material y concreta, y está demarcada por los principios de favorabilidad y de condición más beneficiosa que rigen el derecho de la seguridad social, los cuales, a su vez, guardan íntima relación con las finalidades de protección y asistencia a la población del sistema y los derechos fundamentales involucrados.

En concordancia con lo expuesto, los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes[59] han reiterado que el acceso a la pensión de invalidez de aquellas personas que sufren enfermedades que se agravan paulatinamente en el tiempo, como consecuencia de su naturaleza crónica y degenerativa, implica que las administradoras de fondos de pensiones tengan en cuenta que:

(i) Deben abstenerse de adelantar un análisis mecánico de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y deben tener una especial consideración frente a dichas solicitudes, pues la fecha de estructuración no siempre coincide con la pérdida definitiva y permanente de la capacidad para trabajar.

(ii) Cuando se presenten cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de invalidez debe verificarse que éstas provengan del ejercicio de una actividad laboral por parte del afiliado que, con su capacidad laboral residual, se procuró los medios económicos para su subsistencia y que los aportes no sólo persigan la acreditación del número mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

(iii) Deben considerarse los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez hasta el momento en que se produce la real incapacidad para trabajar del solicitante.

(iv) Establecida la divergencia entre la fecha de estructuración y la pérdida real, permanente y definitiva de la capacidad laboral, debe considerarse en principio “la fecha de la última cotización efectuada por el afiliado para, a partir de allí, contabilizar si cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a dicha fecha.”[60]

Análisis del caso concreto

La acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social a la vida digna, y al mínimo vital

27.- En primer lugar, se advierte la legitimación de la causa por activa, pues la acción de tutela se formuló por Manuel Serrano Ortega, quien es el titular de los derechos fundamentales que, aduce, fueron vulnerados y cuya protección se invoca.

28.- También concurre la legitimación en la causa por pasiva, ya que la acción se dirigió contra la Administradora Colombiana de Pensiones, que es la entidad a la que se le atribuye la afectación de los derechos del actor como consecuencia de la Resolución GNR 7204 del 12 de enero de 2016.

29.- De otra parte, se comprueba el cumplimiento del requisito de inmediatez, ya que el accionante formuló la solicitud de amparo transcurrido un mes desde el momento en el que se emitió el acto administrativo en el que se denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez que solicitó y del que, en su concepto, se desprende la afectación de sus derechos fundamentales.

30.- Finalmente, frente al presupuesto de subsidiariedad hay que señalar que tal y como lo analizaron los jueces de instancia el actor no controvertió la resolución que denegó la pensión de invalidez y cuenta con vías ordinarias para solicitar el reconocimiento de la prestación pensional, particularmente el medio judicial idóneo para proteger los derechos del accionante sería el proceso ordinario laboral, de conformidad con establecido en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues es claro que la jurisdicción ordinaria es la competente para resolver las controversias relativas a la prestación de los servicios de seguridad social que se generen entre los afiliados, beneficiarios o usuarios y las entidades administradoras o prestadoras de tales servicios.

31.- No obstante, la Sala encuentra que en el caso objeto de estudio, el recurso de apelación contra el acto que denegó el reconocimiento pensional no resultaba un mecanismo idóneo, pues era previsible que el criterio expuesto por la entidad accionada en la Resolución GNR7204 de 12 de enero de 2016 y con base en el cual denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez se reiteraría al desatar la alzada, pues su fundamento se encuentra en el tenor literal del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

De otra parte, el proceso ordinario laboral en el asunto bajo examen tampoco aparece como una vía idónea y eficaz para conseguir el amparo inmediato de los derechos que se invocan en esta oportunidad, por las siguientes razones:

De las pruebas del proceso, particularmente del dictamen laboral expedido por Colpensiones se evidencia que el actor padece “trauma raquímedular T10 y T11 paraplejia” y “vejiga neurogenica”[61], y como consecuencia de esos padecimientos tiene una pérdida de capacidad laboral del 75%. En el dictamen referido se precisa que se trata de enfermedades degenerativas, y se da cuenta de los tratamientos a los que se debe someter el actor y de la paraplejia en los miembros inferiores.

Adicionalmente, el actor indicó que desde el 31 de diciembre de 2013[62] no ha podido conseguir trabajo y que su sustento depende de la ayuda esporádica que le brindan otras personas, situación que corrobora la afiliación al sistema de seguridad social en el régimen subsidiado y que refuerza el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra en la actualidad[63].

32.- La Sala comprueba que el actor es un sujeto de especial protección constitucional, en la medida en que se encuentra en situación de discapacidad y no cuenta con una fuente de ingresos permanente que le permita cubrir sus gastos básicos y satisfacer su mínimo vital, características que lo hacen merecedor de un cuidado especial por parte del Estado. La situación de desempleo que refiere el accionante y que lo lleva a vivir del apoyo económico de terceras personas, el porcentaje de reducción de su capacidad laboral y la situación de rechazo social que describe, relacionada con su estado de salud, le restan idoneidad al mecanismo ordinario para la protección de sus derechos. En efecto, exigirle acudir a la jurisdicción ordinaria lo llevaría a una situación más gravosa para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

Entonces, aunque existe un procedimiento ordinario laboral para resolver la controversia planteada por el demandante, dicho mecanismo judicial no resulta eficaz para proteger de forma inmediata sus derechos fundamentales, por lo que se hace necesaria la intervención del juez constitucional.

De conformidad con lo expuesto, en caso de que efectivamente al actor deba reconocérsele la pensión solicitada, la acción de tutela se concederá como mecanismo definitivo para

proteger los derechos fundamentales invocados. Lo anterior en consideración a que, por sus condiciones particulares, se demuestra la necesidad de medidas urgentes para que pueda acceder a la pensión de invalidez y continuar con su manutención y tratamientos médicos.

En esta medida, en caso de que el análisis de fondo fuera superado, se declararía procedente el amparo constitucional solicitado por el señor Manuel Serrano Ortega como mecanismo definitivo, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales de forma inmediata, sin que tenga que acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar el reconocimiento de su pensión de invalidez.

La vulneración de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital por el desconocimiento de los precedentes constitucionales sobre la verificación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez en los casos de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas

33.- De las reglas jurisprudenciales reiteradas en esta providencia y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del demandante al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores al momento en el que se expidió el dictamen en el que se estableció la pérdida de capacidad laboral.

En efecto, la entidad accionada refirió algunas de las consideraciones que la jurisprudencia de esta Corporación ha emitido sobre el análisis de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez cuando se trata de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, y con base en éstas, de una parte, descartó la fecha de estructuración fijada en el dictamen como hito para contabilizar el número mínimo de semanas de cotización y, además, tomó como parámetro para la validación de requisitos, la fecha en la que se emitió el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

De acuerdo con ese referente, COLPENSIONES concluyó que el actor no cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que se expidió el dictamen, razón por la que no reconoció la pensión de invalidez.

De las actuaciones descritas se advierte que aunque la entidad accionada reconoció algunas de las reglas jurisprudenciales sobre la materia las aplicó de forma irrazonable y no consideró su fundamento. En efecto, refirió las circunstancias y criterios considerados en la jurisprudencia, tales como el carácter progresivo de las enfermedades que hace que a pesar de la estructuración de la discapacidad las personas puedan ejercer una actividad laboral con su capacidad residual, la obligación de reconocer los aportes posteriores a la fecha de estructuración y el momento que determina la verificación de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, es decir “el tiempo en que queda incapacitado para trabajar de manera permanente y definitiva”[64].

A pesar de esas consideraciones, COLPENSIONES tomó como hito el momento de emisión del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, y no consideró otros elementos, también reconocidos por la jurisprudencia, que dan cuenta del momento en el que se pierde de manera concreta y definitiva la posibilidad de entregar la fuerza laboral al mercado, tales como la fecha de la última cotización al sistema. En síntesis, el análisis adelantado por la autoridad accionada ignoró la especial protección de la que es sujeto el actor por su situación de discapacidad, así como el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y su relación con la dignidad humana.

35.- El 2 de septiembre de 2015 el actor solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez, ya que acreditó un total de 740 semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración y tiene una pérdida de capacidad laboral del 75%. Sin embargo, mediante la Resolución GNR7204 del 12 de enero de 2016 COLPENSIONES le negó al actor su derecho a la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que se expidió el dictamen de pérdida de capacidad laboral, tesis que desconoce la interpretación constitucional que esta Corporación ha adoptado en varias sentencias de tutela, sobre cómo debe entenderse el cumplimiento de ese requisito y cuál es el hito de contabilización de los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, que corresponde al momento en el que efectivamente el afiliado no pudo entregar su fuerza laboral al mercado y, de esa forma, proveerse su subsistencia.

De manera que la apropiación parcial, por parte de la entidad accionada, de la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con el cumplimiento de los requisitos

previstos en la Ley 860 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de invalidez transgredió los derechos fundamentales del actor, ya que omitió considerar el momento en el que se concretó la invalidez de acuerdo con las definiciones expuestas por la jurisprudencia.

En efecto, en el análisis que adelantó COLPENSIONES ignoró elementos relevantes para establecer el momento de la invalidez de Manuel Serrano Ortega, tales como la fecha del último aporte, la cual ha sido considerada en diversos pronunciamientos como hito para contabilizar el tiempo mínimo de cotización -50 semanas- y que, en el caso bajo examen, determina el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pretensión, pues en el periodo de 3 años contados desde el 31 de diciembre de 2013, como última fecha de cotización, el actor realizó aportes al sistema de seguridad social correspondientes a más de 50 semanas.

Adicionalmente, la última fecha de cotización también considera las circunstancias expuestas por el actor respecto a la determinación de la invalidez como la imposibilidad real, material y concreta de acceder al mercado laboral derivada de las barreras sociales relacionadas con su discapacidad y que se ha evaluado por la jurisprudencia constitucional como elemento determinante para establecer el momento a partir del cual debe verificarse el cumplimiento de las exigencias legales frente al reconocimiento de la pensión de invalidez.

En ese sentido, cabe destacar la sentencia T-427 de 2012[67], que indicó lo siguiente:

“(…) la fecha en que el actor dejó de trabajar constituye el momento en que su discapacidad se convirtió en invalidez, porque fue en ese momento en el que la barrera social de la discriminación le impidió seguir trabajando, ya que no tuvo acceso a una oportunidad laboral debido a su condición especial, constituyéndose en la causa directa por la que no pudo seguir laborando y aportando al Sistema General de Pensiones.”

36.- Finalmente, es importante destacar que la historia laboral del actor descarta cualquier ánimo de defraudación, pues aquél a pesar de la ostensible reducción de su capacidad laboral entregó su fuerza de trabajo y cotizó 740 semanas al sistema de seguridad social,

que corresponde a un término ostensiblemente superior al previsto como tiempo mínimo de cotización -50 semanas-. Asimismo, esa densidad de cotizaciones torna irrazonable y desproporcionada la aplicación de la norma invocada por parte de la entidad accionada.

37.- En consecuencia, se concederá el amparo constitucional definitivo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Manuel Serrano Ortega, vulnerados por COLPENSIONES al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que se emitió el dictamen, y no considerar el momento en el que le fue imposible procurarse medios económicos para su subsistencia.

Conclusiones y decisión a adoptar

38.- Con fundamento en lo anterior, es preciso concluir que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante, debido a que se encuentra en condición de vulnerabilidad por su discapacidad y grave situación económica.

En particular, la Corte encuentra que el señor Manuel Serrano Ortega es una persona de especial protección constitucional que merece mayor atención por parte del Estado, debido a que se encuentra en grave estado de salud y que no cuenta con una fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades mínimas de subsistencia.

39.- Se reitera que el amparo constitucional procederá como mecanismo definitivo, en la medida en que de las pruebas del expediente se evidencia que exigirle al actor acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, constituiría una carga desproporcionada, toda vez que el demandante se encuentra en grave estado de salud y no cuenta con los recursos suficientes para proveer su propia subsistencia, lo cual le impide agotar los mecanismos judiciales idóneos para resolver la controversia estudiada en esta oportunidad.

40.- Asimismo, la Sala concluye que COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento de su pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha en la que se expidió el dictamen de calificación de

la pérdida de capacidad laboral y no tener en cuenta elementos determinantes para establecer la invalidez, reconocidos por la jurisprudencia constitucional, tales como la fecha de la última cotización para, con base en ese hito, determinar el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

41.- Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, proferida el 13 de abril de 2016 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que confirmó el fallo emitido el 3 de marzo de 2016, por el Juzgado 2º de Familia de Oralidad de la misma ciudad, y en su lugar concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Manuel Serrano Ortega. En consecuencia, se ordenará a COLPENSIONES que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante.

El desconocimiento de las reglas jurisprudenciales en relación con el reconocimiento de la pensión de invalidez a personas que padecen enfermedades catastróficas y degenerativas por parte de COLPENSIONES

42.- Establecida la afectación de los derechos fundamentales del actor en el caso analizado, la Sala advierte que los fundamentos expuestos por la autoridad accionada para denegar el reconocimiento de la pensión de invalidez dan cuenta de una lectura parcial de la jurisprudencia de esta Corporación y alejada de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa. Esta interpretación desconoce los múltiples y reiterados desarrollos sobre los principios que orientan el sistema de seguridad social, los derechos involucrados en las prestaciones que se desprenden del sistema, y los riesgos y contingencias que asegura.

En efecto, no se advierte un fundamento constitucional razonable para que COLPENSIONES se aparte de manera deliberada de las reglas jurisprudenciales que han sido consolidadas por la Corte de manera pacífica y reiterada, en el sentido de que la invalidez que se agrava progresiva y paulatinamente en el tiempo merece un tratamiento jurídico especial y diferente al que se aplica a los casos ordinarios, que se concreta en la obligación de reconocer la pensión de invalidez con base en todas las semanas cotizadas por el usuario hasta el momento en que presentó su solicitud de reconocimiento pensional y que la verificación de los presupuestos de la pensión de invalidez debe considerar el momento en

el que el afiliado no puede ofrecer su fuerza laboral y procurarse los medios económicos de subsistencia.

Finalmente, hay que destacar que aunque es reprochable el desconocimiento de las reglas específicas y reiteradas en la jurisprudencia constitucional, resulta aún más preocupante el reconocimiento de dichos preceptos y su aplicación parcializada en perjuicio de los afiliados, circunstancias que hacen cuestionable la actividad de la entidad accionada y la observancia de los mandatos constitucionales en una actividad que involucra los derechos fundamentales de los asociados, que en los casos de pensiones de invalidez, merecen especial protección constitucional.

En efecto, en el caso analizado en esta oportunidad, se evidenció la lectura sesgada de la jurisprudencia de esta Corporación en perjuicio del afiliado, ya que COLPENSIONES consideró el carácter progresivo de la enfermedad para descartar la fecha de estructuración como hito para contabilizar el tiempo mínimo de cotización y, en su lugar, adelantó la verificación de los requisitos a partir del momento en el que se emitió el dictamen, sin considerar los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa que obligaban a tomar como referente la fecha de la última cotización, que se había efectuado hacía más de 3 años, y daba cuenta del momento en el que se concretó la imposibilidad de que el actor permaneciera en el mercado laboral.

Así las cosas, ante el acreditado desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala ordenará a COLPENSIONES que, en un término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, realice las gestiones administrativas necesarias para capacitar a los funcionarios encargados de resolver las peticiones que presentan los usuarios relacionadas con el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, sobre las reglas establecidas por la jurisprudencia cuando padecen enfermedades que se agravan progresiva y paulatinamente en el tiempo, particularmente: (i) la obligación de reconocer las semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración; (ii) la aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa respecto al hito a partir del cual se verifican los requisitos de la pensión de invalidez, y (iii) la consideración particular del momento a partir del cual afiliado queda en imposibilidad de proveerse los medios económicos de subsistencia. En todo caso, dicha capacitación deberá realizarse y finalizarse dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del vencimiento del

término mencionado anteriormente. Fenecida esta etapa, las entidades accionadas deberán remitir al juez de primera instancia, dentro de los cinco (5) días siguientes, un informe sobre el cumplimiento de la orden de capacitación en derechos pensionales de personas que padecen enfermedades catastróficas contenida en esta sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia, proferida el 13 de abril de 2016 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que confirmó el fallo emitido el 3 de marzo de 2016, por el Juzgado 2º de Familia de Oralidad de la misma ciudad. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Manuel Serrano Ortega.

SEGUNDO.- En consecuencia ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante.

TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES que en un término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia, realice las gestiones administrativas necesarias para capacitar a los funcionarios encargados de resolver las peticiones que presentan los usuarios relacionadas con el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, en especial cuando padecen enfermedades que se agravan progresiva y paulatinamente en el tiempo de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. En todo caso, dicha capacitación deberá realizarse y finalizarse dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del vencimiento del término mencionado anteriormente.

Fenecida esta etapa, las entidades accionadas deberán remitir al juez de primera instancia, dentro de los cinco (5) días siguientes, un informe sobre el cumplimiento de la orden de capacitación en derechos pensionales de personas que padecen enfermedades catastróficas

contenida en esta sentencia.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acta Individual de Reparto, folio 28 y escrito de tutela, folios 1-9, cuaderno principal.

[2] Folio 2, cuaderno principal.

[3] Folio 27, cuaderno principal.

[4][4] Folio 14, cuaderno principal.

[5] Folio 29, cuaderno principal.

[6] Folios 34, cuaderno principal.

[7] Sentencia proferida por el Juzgado 7º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, el 3 de noviembre de 2015, folios 119-125, cuaderno principal.

[8] Folios 58-59, cuaderno principal.

[9] Escrito de apelación del fallo de primera instancia, folios 132-141, cuaderno principal.

[10] Folio 58, cuaderno principal.

[11] Ib.

[12] Folios 10-14, cuaderno segunda instancia.

[13] Folios 10-11, cuaderno Corte Constitucional.

[14] Folio 33, cuaderno Corte Constitucional.

[15] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se estableció: “En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

[16] Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[17] Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[18] T-185 de 2016 y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[28] M.P. María Victoria Calle Correa

[29] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

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

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

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

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

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

[35] Sentencia T-1318 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. reiterado en sentencia T-468 de 2007 con ponencia del mismo Magistrado. Ver también sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[36] Ibídem.

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

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

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

[41] El artículo en mención establece: “Para efectos de la calificación de la invalidez, los calificadores se orientarán por los requisitos y procedimientos establecidos en el presente manual para emitir un dictamen. Deben tener en cuenta que dicho dictamen es el documento que, con carácter probatorio, contiene el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad permanente parcial, la invalidez o la muerte de un afiliado y debe fundamentarse en:

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

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

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

tales como el reporte del accidente o el certificado de defunción, si fuera el caso.

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

PARAGRAFO. Las consecuencias normales de la vejez, por sí solas, sin patología sobreagregada, no generan deficiencia para los efectos de la calificación de la invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social. En caso de co-existir alguna patología con dichas consecuencias se podrá incluir dentro de la calificación de acuerdo con la deficiencia, discapacidad y minusvalía correspondientes.”

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

[43] Artículo 7 del Decreto 917 de 1999.

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

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

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

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

[48] Ibídem.

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

[50] M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[51] M.P. María Victoria Calle Correa.

[52] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

[54] M.P. María Victoria Calle Correa.

[55] M.P. María Victoria Calle Correa.

[56] Sentencia T-427 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

[57] Sentencias T-561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-022 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

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

[59] Sentencia T-308 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[60] Ib.

[61] Folio 27, cuaderno principal.

[62] Respecto a esta fecha, la Sala advierte que si bien en el escrito de tutela el actor refirió el 30 de noviembre de 2013 como el momento a partir del cual no pudo acceder a un nuevo trabajo, de acuerdo con la historia laboral la última cotización corresponde al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2013, razón por la que se tomará este último hito como referente sobre dicha circunstancia.

[63] Folio 2, cuaderno principal.

[64] Folio 14, cuaderno principal.

[65] Folio 27, cuaderno principal.

[66] Relación de semanas cotizadas en pensiones, folio 21, cuaderno principal.

[67] M.P. María Victoria Calle Correa.