

Sentencia T-651/16

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

Según la jurisprudencia constitucional: (i) la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia, sino que la autoridad judicial debe evaluar la eficacia de protección que proporciona el instrumento ordinario en las circunstancias específicas del caso examinado, para que con base en ello evalúe la urgencia y la necesidad de otorgar una protección como mecanismo definitivo o transitorio; (ii) las personas de la tercera edad y aquellas en estado de discapacidad pueden solicitar prestaciones económicas a través de la acción de tutela sólo cuando están estrechamente ligadas a derechos fundamentales tales como la seguridad social cuando se pone en riesgo el acceso al mínimo vital.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ Y VULNERACION DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL POR NO RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Vulneración persiste en el tiempo

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-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

PENSION DE INVALIDEZ EN CASO DE ENFERMEDADES CRONICAS, DEGENERATIVAS O CONGENITAS-Requisitos

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

La pérdida de capacidad laboral efectiva de quien padece una enfermedad degenerativa se materializa en el momento en que no puede continuar trabajando, según las

particularidades del caso, puede: (i) ser relativamente próximo al momento en que se emite el respectivo dictamen de calificación si realizó cotizaciones recientes; (ii) el día de la solicitud de calificación si fue presentada cuando el estado de salud impedía toda actividad laboral; y, (iii) la época de la última cotización.

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

Referencia: Expedientes T-5.719.173, T-5.726.333, T- 5.732.582 y T-5.719.916

Acciones de tutela interpuestas por Carmen Alcira Barreto Vásquez contra la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones), (T-5.719.173); Jairo de Jesús Manjarrez Tirado contra Colpensiones (T-5.726.333); Wilson Amórtegui Zuluaga contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (T- 5.732.582) y Fabián Enrique Meléndez Maldonado contra Colpensiones (T-5.719.916).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez y seis (2016)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (E), Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA:

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral (T-5.719.173); el Juzgado Segundo del Circuito de Sincelejo y el Tribunal Superior de Sincelejo –Sala Civil-Familia-Laboral (T-5.726.333); el Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá (T- 5.732.582); y, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla (T-5.719.916).

La Sala de Selección número 8 profirió el Auto del 27 de agosto de 2015, mediante el cual

seleccionó los expedientes T-5.719.173, T-5.726.333, T-5.732.582 y los acumuló por presentar unidad de materia para que fueran fallados en una sola sentencia. Una vez repartido el asunto, mediante Auto del 7 de octubre siguiente, el magistrado ponente resolvió desacumular el expediente T-5.721.465, porque a diferencia de los demás no versaba sobre pensión de invalidez sino que trataba sobre una sustitución pensional. Posteriormente, mediante Auto del 11 de octubre de la misma anualidad, la Sala de Selección número 9 dispuso acumular el expediente T-5.751.916 al expediente T-5.719.173.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-5.719.173

1.1 Hechos relevantes y pretensiones.

1.1.1. Indicó la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez (56 años) que es una persona de escasos recursos, no tiene ingresos propios y, actualmente, no se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social[1].

1.1.2. Sostuvo que el 8 de septiembre de 1961[2] le diagnosticaron poliomielitis, enfermedad catastrófica y de carácter progresivo.

1.1.3. Explicó que a pesar de lo anterior, continuó laborando de forma interrumpida desde el 1º de agosto de 2002 hasta el 31 de marzo de 2010, fecha en que realizó su última cotización al ISS, hoy Colpensiones, para un total de 162,15 semanas cotizadas.

1.1.4. Aseveró que el 6 de noviembre de 2013, Colpensiones dictaminó la pérdida de capacidad laboral en un total de 69.55% y fecha de estructuración el 8 de septiembre de 1961, por enfermedad de origen común.

1.1.5. Posteriormente, Colpensiones expidió un informe calificando nuevamente la capacidad laboral de la demandante en un porcentaje de 71,8% y con fecha de estructuración el 5 de marzo de 1960[3].

1.1.6. Afirmó la demandante que le solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue decidida en forma negativa mediante la Resolución

GNR 213392 del 11 de junio de 2014, confirmada por las Resoluciones 322068 del 16 de septiembre de 2014 y VPB núm. 5130 del 28 de enero de 2015, que resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente[4].

1.1.7. Advirtió que el 15 de julio de 2015, Asalud Ltda ratificó el dictamen proferido por Colpensiones el 6 de noviembre de 2013[5].

1.1.8. Señaló que el 4 de noviembre de 2015 nuevamente solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aduciendo su estado de salud y haber cotizado más de 50 semanas en los últimos 3 años previos a la fecha de estructuración, esto es, el 1 de marzo de 2010, cuando dejó de laborar.

1.1.9. Manifestó que mediante Resolución GNR 413143 de 21 de diciembre de 2015, Colpensiones negó la petición de reconocimiento y pago de pensión de vejez, por cuanto “se tomó como fecha para contar las semanas requeridas por la Ley 860 de 2003, la fecha del dictamen, la cual corresponde al 6 de noviembre de 2013, así mismo se informa que no logra cumplir con el requisito de semanas toda vez que su última cotización al sistema de la seguridad social es hasta el 31 de marzo de 2006”[6]; (ii) que la peticionaria tampoco contaba con 26 semanas cotizadas en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1º de la ley 860 de 2003 (29 de diciembre de 2003)[7].

1.1.10. Contra la anterior decisión la actora interpuso recurso de apelación, argumentando que la negativa desconoce los parámetros fijados por la Corte Constitucional[8], en virtud de los cuales se tienen en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a los dictámenes de pérdida de capacidad laboral[9].

1.1.12. Colpensiones confirmó la negativa mediante la Resolución VPB 13231 del 18 de marzo de 2016. Allí plasmó que al examinar el historial de semanas cotizadas por la demandante, se observó que no cumple con las 50 semanas aportadas al sistema general en los últimos tres años previos al 6 de noviembre de 2013, que corresponde a la fecha del dictamen proferido por Colpensiones[10].

1.1.11. Con base en lo expuesto, la actora solicitó que Colpensiones efectúe el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

1.2. Pruebas allegadas al trámite de tutela

De las pruebas documentales que obran en el expediente, se destacan:

- Cédula de ciudadanía de la accionante[11].
- Dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante elaborado por Colpensiones, indicando la pérdida de capacidad laboral del 69.55% de origen enfermedad y riesgo común y fecha de estructuración 8 de septiembre de 1961[12].
- Certificación de Asalud Ltda del 15 de julio de 2015, en el que consta que por calificación de la entidad del 6 de noviembre de 2013, a la demandante le fue asignado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 69.55% con fecha de estructuración el 8 de septiembre de 1961. Indicó que ese dictamen se encuentra en firma[13].
- Reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones el 22 de agosto de 2013, donde consta la cotización de 162,15 semanas en el periodo que comprende desde el 1 de agosto de 2002 hasta el 31 de marzo de 2006[14].
- Fotocopia de la historia clínica de la actora.
- Petición del 4 de noviembre de 2015, presentada ante Colpensiones para el reconocimiento de la pensión de invalidez[15].
- Resolución GNR 413143 de 21 de diciembre de 2015[16].
- Recurso de apelación propuesto por la demandante contra la Resolución GNR 413143 de 21 de diciembre de 2015[17].
- La Resolución VPB 13231 del 18 de marzo de 2016[18].

1.3. Respuesta de la entidad accionada

Colpensiones solicitó que se declare la improcedencia de la acción porque “en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de mecanismos legales establecidos

para ello”[19].

1.4. Decisiones objeto de revisión.

1.4.1. Primera instancia.

En sentencia del 13 de mayo de 2016, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá negó el amparo, por improcedente, aduciendo que la actora debía haber acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa para rebatir los actos administrativos de Colpensiones[20].

1.4.2. Impugnación.

La demandante impugnó la anterior decisión sin presentar argumentos[21].

1.4.3. Segunda instancia.

En fallo del 16 de junio de 2016, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral- confirmó la decisión de primera instancia. Reiteró que no se verifica en el plenario la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable y la certeza del derecho solicitado, que viabilizaran la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio. En ese orden, le corresponde a la justicia ordinaria resolver el asunto.

2. Expediente T-5.726.333

El señor Jairo de Jesús Manjarrez Tirado (63 años) instauró acción de tutela contra Colpensiones, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y a la seguridad social, por no reconocer y pagar a su favor la pensión de invalidez que solicitó habiendo cumplido con los requisitos legales.

2.1. Hechos relevantes y pretensiones.

2.1.1. Refirió el señor Jairo de Jesús Manjarrez Tirado que padece de “enfermedad de neuronas motoras”, hipertensión y diabetes mellitus. Desde hace 40 años utiliza silla de ruedas porque presenta atrofia muscular, disformidad en las rodillas y dependencia funcional [22].

2.1.2. Manifestó que el 23 de octubre de 2013, Colpensiones le dictaminó un porcentaje de

79% de pérdida de capacidad laboral por enfermedad de origen común y fecha de estructuración el 29 de diciembre de 1955, según los criterios del Manual Único de Calificación de la Invalidez adoptado por el Decreto 917 de 1999[23].

2.1.3. Reseñó que a pesar de sus dolencias, alcanzó a cotizar 750 semanas entre el periodo laborado que comprende desde el 1º de octubre de 1966 hasta el 30 de septiembre de 2011.

2.1.4. Aseveró que el 23 de octubre de 2013, presentó ante la entidad demandada una petición con el fin de que fuera evaluado y reconocido su derecho a obtener una pensión de invalidez.

2.1.5. Indicó que Colpensiones respondió desfavorablemente su solicitud, a través de la Resolución GNR 91889 del 25 de marzo de 2015, bajo el argumento que no acreditaba las 50 semanas requeridas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la su invalidez fijada retroactivamente, esto es, el día 29 de diciembre de 1955.

2.1.6. Así las cosas, el actor solicitó que se le amparen los derechos fundamentales invocados y ordenar a Colpensiones reconocer la pensión de invalidez y pagar el retroactivo correspondiente.

2.2. Pruebas allegadas al trámite de tutela

- Cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento del señor Manjarrez Tirado[24].
- Resolución GNR del 25 de marzo de 2015 de Colpensiones y acta de notificación[25].
- Dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Manjarrez Tirado, elaborado por Colpensiones el 23 de octubre de 2013, en el que se le asignó un porcentaje de 79% de pérdida de capacidad laboral por enfermedad de origen común y fecha de estructuración el 29 de diciembre de 1955[26].
- Reporte de semanas cotizadas del señor Manjarrez Tirado, emitido el 9 de abril de 2015 por Colpensiones, donde se totalizan 750 semanas cotizadas en el periodo comprendido del 1 de octubre de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2011[27].

2.3. Respuestas de las entidades accionadas

Colpensiones solicitó que se declare la improcedencia de la acción. En este sentido, explicó que “el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de mecanismos legales establecidos para ello”[28].

2.4. Decisiones objeto de revisión.

2.4.1. Primera instancia.

En sentencia del 19 de abril de 2016, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sincelejo negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Jairo de Jesús Manjarrez Tirado.

En cuanto a la procedencia de la acción como mecanismo definitivo, sostuvo que cumplía con los requisitos: (i) de inmediatez, por cuanto la demora en la que incurrió el apoderado para interponer el remedio constitucional no podía ser asumida por el accionante ya que éste concedió el poder de manera oportuna [29]; y, (ii) de subsidiariedad, en la medida que aunque existen medios judiciales ordinarios a los que el actor podría acudir, sería desproporcionado someterlo a la espera de que se resuelva un proceso ordinario, “entendiendo que su enfermedad lo convierte en una persona cada día más dependiente y con una posibilidad prácticamente nula de trabajar, lo que dificulta la obtención de recursos para asegurar sus sostenimiento con miras a garantizar su mínimo vital y hace peligrar incluso el acceso a los tratamiento que pudiera requerir para atender su enfermedad”[30].

Para resolver el asunto, reiteró los parámetros constitucionales fijados en relación con la fecha de estructuración que debe ser tomada en cuenta en el caso de enfermedades congénitas, esto es, la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, de la última cotización efectuada o, incluso, aquella de solicitud del reconocimiento pensional, como quiera que el sujeto discapacitado, especialmente protegido, laboró y cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, con posterioridad a la fecha de estructuración determinada en la evaluación médica.

Por lo anterior, inaplicó por inconstitucional el numeral 1º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y contabilizó los aportes al sistema desde el día del dictamen de pérdida de capacidad laboral, esto es el 23 de octubre de 2013. Al tenor de lo expuesto, reparó que el actor sólo contaba con 38,57 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores[31], faltándole 11,43 semanas para acceder a la prestación que reclama. En consecuencia, negó el reconocimiento pensional.

2.4.2. Impugnación.

El apoderado de la parte demandante impugnó aduciendo que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensión de invalidez[32]; (ii) ni los parámetros constitucionales que han fijado que las personas cuya pérdida de capacidad laboral es producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tiene derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez se fije en relación con el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral y no cuando se evidencian por primera vez los síntomas.

2.4.3. Segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala Civil-Familia-Laboral, en sentencia del 7 de junio de 2016 revocó la decisión de primera instancia, negando el amparo porque no se cumple con el requisito de subsidiariedad. En este sentido, aseguró que el actor debía “acudir a la jurisdicción laboral para que sea el juez quien valore el caso concreto y realice el análisis para determinar si el demandante tiene o no derecho a la pensión pretendida”[33]. Añadió que tampoco se avizora la ocurrencia de un perjuicio irremediable que justifique la intervención del juez constitucional a través de medidas urgentes.

3. Exp. T- 5.732.582

El señor Wilson Amórtegui Zuluaga interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A (en adelante Porvenir), por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

3.1 Hechos relevantes y pretensiones

3.1.1. El señor Amórtegui Zuluaga manifestó que sufre de aflicciones causadas por el VIH y toxoplasmosis cerebral, herpes zoster, hemiparesia derecha, condilomas perianales y hemorroides, lo que ha derivado en la dificultad de movilidad de las extremidades de la parte derecha de su cuerpo.

3.1.2. Indicó que el 23 de diciembre de 2009 el Grupo Interdisciplinario de Calificación e Pérdida de Capacidad Laboral y de Origen de Seguros de Vida Alfa S.A. le dictaminó un porcentaje de 67.05% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 4 de junio de 2009[34] (fecha del último reporte de la infección VIH/Sida).

3.1.3. Relató que cotizó en el régimen de pensiones obligatorias en dos fondos de pensiones: por una parte, aportó 90 semanas entre el 1º de enero de 1997 y el 1º de julio de 1999 en Colpensiones[35]; y, de otra parte, contribuyó el equivalente a 181 semanas entre octubre de 2007 y junio de 2013 a Porvenir, en el régimen de ahorro individual con solidaridad[36].

3.1.4. Manifestó que solicitó a Porvenir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pero fue negada el 27 de abril de 2010, bajo el argumento de que contaba únicamente con 35 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez[37].

3.1.5. Explicó el demandante que Porvenir le informó acerca de la alternativa de la devolución de saldos que trata el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, por la que optó y en consecuencia el 12 de septiembre de 2014 le fueron reintegrados[38].

3.1.6. Adujo que el 20 de mayo de 2014, radicó ante la entidad demandada una nueva solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez[39], al considerar que cumplía con los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003.

3.1.7. No obstante, el 18 de junio de 2014, Porvenir anotó que ya había dado respuesta desfavorable a una petición similar el 27 de abril de 2010[40].

3.1.8. Con fundamento en lo narrado, en la acción de tutela rebate la negativa razonando

que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para efectos del cómputo de los requisitos legales de la pensión de invalidez de los enfermos con VIH no se debe tener en cuenta la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral señalada por el dictamen, sino en la que este fue emitido. Adicionalmente, no se le puede exigir el requisito de fidelidad del 20% de cotización al sistema, ya que dicha norma fue declarada inexecutable.

3.1.9. En consecuencia, solicitó que Porvenir: (i) reconozca y cancele de manera retroactiva la pensión de invalidez; y, (ii) tenga como fecha de estructuración el 23 de diciembre de 2009, día del dictamen emitido por la entidad calificadora.

3.2. Pruebas allegadas al trámite de tutela

- Petición formulada el 20 de mayo de 2014, con radicado número 0100222054350000, ante Provenir para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del actor[41].
- Respuesta a la solicitud pensional dada por Porvenir el 18 de junio de 2014[42].
- Historia de semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual e historia laboral consolidada documentada por Porvenir[43].
- Historia de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones[44].
- Dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral realizado por el Grupo interdisciplinario de Calificación e Pérdida de Capacidad Laboral y de Origen de Seguros de Vida Alfa S.A[45].
- Registro médico del señor Amórtegui Zuluaga, compuesto, entre otros, por aquellos expedidos por el laboratorio clínico de la Clínica Universitaria Bolivariana, el Hospital Universitario San Ignacio y CyR Salud Ltda[46].
- Respuesta a la solicitud pensional dada por Porvenir el 7 de abril de 2010[47].
- Requerimiento del señor Wilson Amórtegui Zuluaga a Porvenir, del 24 de julio de 2014, para la devolución de saldos[48].

3.3. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas[49].

3.3.1. Porvenir S.A[50].

Porvenir manifestó que la solicitud de pensión de invalidez del señor Wilson Amórtegui Zuluaga fue estudiada y negada conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, normatividad que estaba vigente al momento de la fecha de estructuración de su estado de invalidez (2 de abril de 2008). Aseveró que el actor tampoco acreditó que se encuentre en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable, lo que torna improcedente la acción de tutela.

3.3.2. Seguros de Vida Alfa S.A[51].

Solicitó que se desvincule a la entidad del trámite de tutela, por cuanto la negativa de la pensión de invalidez es ajena a ella. Para justificar lo anterior, explicó que la solicitud de reconocimiento de la pensión no es de su competencia, puesto que la petición está dirigida exclusivamente a Porvenir. Además, aseveró que su obligación como aseguradora es condicional y surge solamente cuando se reconozca la pensión a un afiliado de Porvenir, acorde a las condiciones de la póliza pactada.

3.3.3. El Ministerio de Trabajo[52].

La Cartera del Trabajo alegó la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimidad en la causa por pasiva, debido a que no participó en los hechos narrados en la tutela.

3.3.3. El Ministerio de Salud y Seguridad Social – Fosyga.

Esta entidad guardó silencio frente a los hechos que fincaron la presente acción.

3.4. Decisiones objeto de revisión.

3.4.1. Primera instancia.

El Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá en fallo del 19 de enero de 2016 declaró la improcedencia de la acción, porque no se cumplió con el requisito de subsidiariedad. Al respecto, explicó que no se agotó la vía gubernativa en relación con el acto administrativo que negó la pensión.

3.4.2. Impugnación[53].

El demandante impugnó la decisión de primera instancia, exponiendo que para resolver su petición pensional debía: (i) inaplicarse el requisito de fidelidad según lo dispuesto en la sentencia C-426 de 2009; (ii) atenerse al precedente de la Corte Suprema en el sentido de que en los eventos de una previsión legal desconoce el principio de progresividad en la seguridad social, el juez debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva; (iii) tenerse en cuenta que cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral; y, (iv) dejar de exigir el agotamiento de la vía gubernativa por su condición de vulnerabilidad.

3.4.3. Segunda instancia.

El Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia del 3 de junio de 2016, confirmó la decisión de la primera instancia. No obstante, cimentó su resolutive en la falta de inmediatez de la acción de tutela, así: “se observa que entre la fecha en que presuntamente se vulneraron los derechos fundamentales del accionante con la negación de la pensión de invalidez, esto es el 27 de abril de 2010, y la fecha de interposición de la presente acción, el 14 de diciembre de 2015, pasaron más de cinco años”[54].

4. Exp. T-5.719.916.

El señor Fabián Enrique Meléndez Maldonado interpuso la acción de tutela contra Colpensiones, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida. Ello, en razón a que la entidad demandada no reconoció su derecho a la pensión de invalidez.

4.1 Hechos relevantes y pretensiones

4.1.1. El señor Meléndez Maldonado padece de poliomielitis degenerativa. De ello deriva la dificultad de desplazamiento y para laborar, así como que requiere de ayuda permanente de otra persona para realizar las actividades diarias.

4.1.2. Señaló que en la valoración del día 8 de octubre de 2013, Colpensiones especificó que: (i) su invalidez por enfermedad de origen y riesgo común ascendía al 68.8% y (ii) la fecha de estructuración era el 4 de enero de 1973.

4.1.4. Narró que solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez de la que era acreedor. Sin embargo, recibió una negativa a través de la Resolución CNR Núm. 25511 del 23 agosto de 2015, bajo el argumento que no cumplió con el requisito de las 50 semanas, fijado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, porque solo contaba con 29 cotizadas dentro del periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2010 y el 8 de octubre de 2013 (fecha del dictamen).

4.2. Pruebas allegadas al trámite de tutela

En el expediente obran pruebas documentales, entre las cuales se destacan:

- Cédula de ciudadanía del demandante[55].
- Certificación emitido por Colombia Mayor Consorcio 2013 de la vinculación del actor en el Programa de Subsidio al Aporte de Pensión, expedido el 8 de octubre de 2015[56].
- Comunicado y dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor Meléndez Maldonado realizado por Colpensiones el 8 de octubre de 2013, en el que se tasó el 68%, por enfermedad y riesgo común, y fecha de estructuración el 4 de enero de 1973[57].
- Historia de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones, emitida el 7 de octubre de 2015, donde constan 717 semanas aportadas[58].
- Resolución núm. 2014-7543676 del 23 de agosto de 2015, proferida por Colpensiones y acta de notificación[59].

4.3. Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas.

4.3.1. Colpensiones [60].

En su escrito de contestación, la entidad interpeló para que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado como quiera que en la Resolución del 23 de agosto de 2015 resolvió la petición pensional con fundamento en lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990.

4.3.2. Colombia Mayor Consorcio 2013.[61]

Reportó que habiendo consultado en la base de datos, se evidenció que el señor Meléndez Maldonado perteneció al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión desde el 1º de agosto de 1996 hasta el 1º de mayo de 2011. A través de este, el beneficiario recibió un talonario con recibos para efectuar aportes para pensión de invalidez, que posteriormente fueron recobrados por el fondo de pensiones.

Con motivo de lo anterior, fundamentó que no vulneró los derechos fundamentales de la parte actora.

4.4. Exp. T-5.719.916

El 24 de febrero de 2016, el Juzgado 2 Civil del Circuito de Barranquilla, en única instancia[62], negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Fabián Enrique Meléndez Maldonado. Declaró la carencia actual de objeto de la acción de tutela porque, a su juicio, la petición del actor dirigida a que se evaluara el derecho pensional a la luz del Acuerdo 49 de 1990 ya había sido cumplida por parte de Colpensiones[63].

II. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

El magistrado sustanciador decretó algunas pruebas, mediante auto del 14 de octubre de 2016[64], con el fin de contar con elementos de juicio suficientes para evaluar los requisitos exigidos por la normativa aplicable a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, respecto de los casos de la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez (exp. T-5.719.173) y el señor Amórtegui Zuluaga (exp. T- 5.732.582). Así mismo, vinculó al Colpensiones en el último asunto referido.

En respuesta al mentado requerimiento, la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez manifestó que carece de recursos económicos en la actualidad y allegó el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del 69.55% emitido el 6 de noviembre de 2013 por Colpensiones. Sin embargo, no hizo referencia a la evaluación médica que refirió en la acción de tutela que habría determinado un porcentaje de 71,8% de invalidez y con fecha de estructuración el 5 de marzo de 1960[65]. Colpensiones, por su parte, despachó los mismos documentos[66].

De igual modo, en relación con la información requerida sobre el exp. 5.732.582, el señor

Amórtegui Zuluaga acercó copia de su historia clínica mientras que Colpensiones aportó un informe de semanas cotizadas por este último, donde consta un total de 93.71 semanas en el período comprendido entre el 1º de enero de 1997 y el 1º de julio de 1999. También certificó que el traslado de Colpensiones a Porvenir se hizo efectivo a partir del 1º de octubre de 2007. Adicionalmente, Porvenir documentó la misma fecha de traslado de fondo de pensiones, aduciendo que a la fecha COLPENSIONES no ha girado los pagos de los aportes pensionales del demandante.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela mencionados, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamiento de los casos y el problema jurídico

2.1. En síntesis, los 4 casos bajo estudio se asemejan en cuanto a que los demandantes: (i) padecen de enfermedades degenerativas; (ii) tienen una pérdida de capacidad laboral superior al 50%; (iii) la fecha de estructuración impuesta por la entidad calificadora es anterior al dictamen; y, (iv) realizaron aportes después de dicho término. Adicionalmente, (v) los fondos pensionales niegan el reconocimiento de la pensión de invalidez, aduciendo que los demandantes no cumplen con los requisitos fijados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 1º de la Ley 860 de 2013.

2.2. Conforme a lo expuesto, la Sala de Revisión encuentra necesario abordar los siguientes problemas jurídicos:

2.2.1. ¿Procede la acción de tutela, como mecanismo principal, para solicitar la pensión de invalidez pese a que el solicitante no acudió a los medios de control administrativos y judiciales respecto de la negativa de la entidad de pensiones, en un término de 6 meses?[67]

2.2.2. Teniendo en cuenta estos antecedentes corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las negativas por parte de entidades pensionales de reconocer la pensión de

invalidez a una persona que sufre una enfermedad degenerativa y ha sido calificada con más del 50% de pérdida de la capacidad laboral, bajo el argumento que no cumple con el requisito de las semanas cotizadas a la fecha de estructuración de invalidez fijada retroactivamente o en el año inmediatamente anterior a ella y no tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad, vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.

2.3. Para ello, en un primer momento, esta Sala (i) comenzará por reiterar su jurisprudencia constitucional en cuanto a la procedencia de la acción de tutela, haciendo énfasis en los requisitos de inmediatez y de subsidiariedad. A partir de ello, (ii) examinará la prosperidad de las acciones de tutela de referencia.

3. Requisitos de procedencia de la acción de tutela: inmediatez y subsidiariedad.

De conformidad con el Artículo 86 Superior[68], el amparo de los derechos fundamentales podrá solicitarse cuando la presunta vulneración se origine en la actuación u omisión autoridades públicas o por parte de particulares. Así mismo, la tutela fue concebida con un carácter subsidiario y residual frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales se constituyen en medios preferentes a los que se debe acudir en primera instancia para lograr la protección de derechos. Ello, se refleja principalmente en los requisitos de inmediatez y de subsidiariedad, que se explican a continuación.

En lo atinente a la inmediatez, esta Corporación ha sostenido que para que este medio de amparo proceda debe ser interpuesto en un tiempo razonable y proporcional desde el hecho vulnerador[69]. No obstante, en algunas oportunidades, según las particularidades del caso, se ha establecido que aunque ese tiempo transcurrido sea superior, procede siempre y cuando se demuestra (i) una justificación para la demora[70] y (ii) que existe una vulneración continua y actual y/o cuando es un sujeto de especial de protección[71].

Por otra parte, el requisito de subsidiariedad también está encaminado a restringir el uso de la acción de tutela como mecanismo principal, en la medida que el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone la improcedencia de esta cuando existan otros medios de defensa judiciales, salvo se advierta la falta de eficacia de estos, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante. De igual modo, el artículo 9 establece que el agotamiento de la vía gubernativa no entorpece la posibilidad de

acudir de manera directa.

En desarrollo de la norma citada, esta Corporación decantó en la sentencia SU-377 de 2014 que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia, sino que el juez debe evaluar la posible eficacia de protección del instrumento ordinario en las circunstancias específicas del caso examinado[72].

Esto se ve reflejado en el amparo en materia pensional, puesto que para solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en un primer momento el interesado debe acudir a la vía administrativa ante la entidad o fondo de pensiones correspondiente, y de no ser favorable la decisión deberá ser recurrida en la vía judicial, esto es, la jurisdicción contencioso administrativa o en la jurisdicción laboral, según corresponda al caso.

Sin embargo, partiendo de la calidad de sujetos de especial protección, como también la estrecha relación entre el derecho pensional y el mínimo vital reconocida por la jurisprudencia constitucional, es posible amparar dichos derechos: (i) de manera transitoria cuando, a pesar de que pueden invocarse otros medio de defensa judicial idóneos y eficaces, esta se promueve para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; y, (ii) como mecanismo definitivo cuando no existen mecanismo judiciales idóneos ni eficaces que permitan proteger los derechos fundamentales[73].

3.2. Análisis de procedencia.

La Sala encuentra que en los casos bajo estudio contenidos en los expedientes T-5.719.173, T-5.726.333, T- 5.732.582 y T-5.751.916 cumplen con todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela, como se explica enseguida:

(i) legitimidad por activa: las demandas bajo examen fueron interpuestas directamente por los interesados. Es decir, por las personas que han sido certificadas con una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%: Carmen Alcira Barreto Vásquez (T-5.719.173), Jairo de Jesús Manjarrez Tirado (T-5.726.333), Wilson Amórtegui Zuluaga (T- 5.732.582) y Fabián Enrique Meléndez Maldonado (T-5.751.916), perdieron la capacidad laboral en un porcentaje del 69%, 79 %, 67 % y 68%, respectivamente.

(ii) legitimidad por pasiva: según lo establecido en los artículos 5, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, este mecanismo de amparo procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental.

Colpensiones[74] - entidad pública organizada como empresa industrial y comercial del estado- y Porvenir[75] - una entidad privada-, son señalados en los escritos de tutela como responsables de haber transgredido los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes.

(iii) inmediatez: de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la vulneración del derecho pensional, como es el caso de la pensión de invalidez que fue solicitada en los 4 casos examinados, es latente porque se trata de un derecho imprescriptible, inembargable e inalienable[76].

Para esta Sala es claro que la posible trasgresión a las garantías fundamentales de carácter prestacional es continua. Por tanto, en los casos bajo estudio, perdura la inmediatez en la interposición de la acción de tutela en cualquier momento[77].

(iv) subsidiariedad: según la jurisprudencia constitucional: (i) la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia, sino que la autoridad judicial debe evaluar la eficacia de protección que proporciona el instrumento ordinario en las circunstancias específicas del caso examinado, para que con base en ello evalúe la urgencia y la necesidad de otorgar una protección como mecanismo definitivo o transitorio[78]; (ii) las personas de la tercera edad y aquellas en estado de discapacidad pueden solicitar prestaciones económicas a través de la acción de tutela sólo cuando están estrechamente ligadas a derechos fundamentales tales como la seguridad social cuando se pone en riesgo el acceso al mínimo vital[79].

Por una parte, en el caso de la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez contra Colpensiones (T-5.719.173), se observa que acudió a la vía gubernativa, en la medida que apeló la Resolución del 21 de diciembre de 2015, por lo que su petición fue estudiada nuevamente y decidida negativamente en la resolución del 16 de febrero de 2016. No obstante, no cuestionó esta última en sede judicial.

Por otra parte, el señor Jairo de Jesús Manjarrez Tirado no interpuso recursos de la vía gubernativa ni tomó acciones judiciales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo en contra de la resolución de Colpensiones que negó su derecho pensional el 25 de marzo de 2016 (T-5.726.333). De igual modo, el señor Wilson Amórtegui Zuluaga tampoco recurrió a los medios de defensa reseñados en contra de la negativa de Porvenir S.A a la petición idéntica (T- 5.732.582). Sin embargo, este último ya había hecho una solicitud en el mismo sentido previamente, que fue denegada el 27 de abril de 2010 con argumentos similares. Por último, Fabián Enrique Meléndez Maldonado no interpuso ningún recurso administrativo ni judicial en contra de la Resolución CNR Núm. 25511 del 23 agosto de 2015.

Adicionalmente, los cuatro demandantes afirmaron en los escritos de tutela, que son personas de escasos recursos y no tienen ingresos adicionales, por lo que el acceso a la pensión de invalidez representa para su núcleo familiar unos recursos que permitirían sufragar sus necesidades básicas. En efecto, se puede inferir que a causa de sus enfermedades y no disponer de su fuerza de trabajo les asiste una presunción de falta de ingresos.

Conjuntamente, el alto grado de deterioro del estado de salud de los accionantes, que padecen enfermedades degenerativas, tales como poliomielitis[80], atrofia muscular - evolución de más de 10 años- diabetes mellitus y enfermedad de neuronas motoras[81], e infección de VIH, toxoplasmosis cerebral y hemiparesia[82], la Sala estima que la premura con la que recurrieron a la acción de tutela se encuentra justificada. Ello, en razón a que tanto los mecanismos judiciales resultan inidóneos e ineficaces para proporcionar una respuesta pronta y evitar el perjuicio irremediable que se vislumbra en la falta de acceso a la pensión de invalidez, siendo esta la única fuente de ingresos que garantiza y repercute directamente en la vida digna de los peticionarios.

(v) temeridad: En ninguno de estos casos se ha presentado previamente otra reclamación por el mismo medio, con identidad de partes, hechos y pretensiones.

Al tenor de lo anterior, la Sala procederá a efectuar el análisis de fondo propuesto, en relación con el derecho a la pensión de invalidez por enfermedades degenerativas. Para tal efecto, (i) hará un recuento normativo y jurisprudencial sobre los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, haciendo alusión al principio de condición más beneficiosa. Luego,

(ii) se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el método de verificación de los requisitos de dicha pensión en los casos de enfermedades degenerativas. Finalmente, a partir de lo anterior, (iii) resolverá los casos concretos.

Requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

4.1. Los requisitos de la pensión de invalidez fueron establecidos, en principio, por los artículos 38[83] y 39 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 1562 de 2012[84].

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original estipuló el periodo y las semanas que debe haber cotizado el solicitante:

“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.”.

4.2. Con posterioridad, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003[85] introdujo a la norma citada las siguientes variaciones:

(i) Aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50;

(ii) Eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraran cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran al momento de estructuración del estado de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos;

(iii) Estipuló la demostración de su fidelidad de cotización por el sistema con

cotizaciones mínimas 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”.

Estas modificaciones fueron analizadas por el este Tribunal en la sentencia C-428 de 2009, en la cual declaró la exequibilidad del requisito de cotización de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Por otra parte, declaró inexecutable el requisito de fidelidad señalado en su numeral 2 que exigía “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”. Ello, en razón a que “a pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad”.

En cuanto a la exigencia del requisito de fidelidad, precisó que: (i) debía ser inaplicable por excepción de inconstitucionalidad a las solicitudes previas al fallo; y, (ii) tampoco debe ser aplicado respecto de las posteriores a ella, por haber sido declarado inexecutable[86].

4.3. En breve, para acceder a la pensión de invalidez es necesario cumplir con los tres elementos. A saber: (i) la pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, (ii) la identificación del momento de la estructuración de la invalidez y (iii) el número de las semanas cotizadas a esa fecha, elementos que son analizados a continuación.

Ahora bien, si la pensión de invalidez se estructuró bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, el solicitante afiliado requiere haber cotizado 26 semanas en cualquier tiempo y el no afiliado necesita las mismas 26 semanas en el año anterior al estado de invalidez. Por el contrario, para acceder a esta pensión bajo la Ley 860 de 2003, el solicitante debe contar con 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al estado de invalidez[87].

4.4. De otra parte, en virtud del principio de legalidad cada solicitud de pensión debe analizarse bajo el régimen vigente a su radicación. Sin embargo, también es posible evaluar las peticiones a partir de regímenes anteriores en aplicación de la condición más beneficiosa, prevista en el artículo 53 superior. Esto, con el fin de conjurar un vacío legal de

la transición entre normativas sin afectar a quienes hubieran sido declarados en estado de invalidez y tuvieran expectativas legítimas por haber cotizado y cumplido los requisitos exigidos en un determinado régimen antes de que fuera derogado.

En la Sentencia SU-442 de 2016, la Sala Plena de la Corte Constitucional unificó los criterios conforme a los cuales procede la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez, en los siguientes términos:

Al tenor de lo expuesto, al resolver peticiones de pensiones de invalidez es necesario hacer un doble análisis, por cuanto se debe tener en cuenta la normativa vigente al momento de la petición así como el régimen en el que se hubieran creado expectativas legítimas para acceder a la prestación.

5. Requisitos de la pensión de invalidez a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, cuando se está frente a una enfermedad degenerativa.

(i) Pérdida de capacidad laboral mayor al 50%.

La pensión de invalidez supone primordialmente la pérdida de capacidad laboral superior al 50% de manera fortuita y acreditada por las administradoras de pensiones, de riesgos profesionales, las compañías de seguros que asuman dicho riesgo, entidades promotoras de salud, la Junta Regional de Calificación de Invalidez o por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses[88], en concordancia con lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

(ii) La fecha de estructuración de la invalidez.

En todos los casos, la entidad calificadora debe caracterizar del grado de pérdida de capacidad laboral en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía y determinar la fecha de estructuración de invalidez[89], con base en los criterios técnicos del Manual Único expedido por el Gobierno Nacional, que actualmente corresponde al Decreto 1507 de 2014[90].

Este Tribunal ha advertido que es común que, en los casos de enfermedades degenerativas, los dictámenes de invalidez establecen una fecha retroactiva de estructuración, sin que esta refleje el momento en el que la persona estuvo en la

imposibilidad física de ocuparse laboralmente[91].

De los múltiples casos estudiados por la Corporación se ha decantado, de manera pacífica, que cuando se trata de una invalidez causada por un padecimiento paulatino o por una enfermedad degenerativa, el tiempo de estructuración debe ser aquel en la que se concreta materialmente el carácter de permanente y definitivo, por lo que impide a la persona desempeñar cualquier actividad laboral y continuar cotizando. Es decir, no aquella que es señalada retroactivamente en la calificación (que usualmente indica cuándo iniciaron las manifestaciones de la enfermedad), por cuanto sólo indica cuándo se presentaron los primeros síntomas, sin que ello impida que el individuo permanezca activo dentro de sus capacidades [92].

En este orden de ideas, la pérdida de capacidad laboral efectiva de quien padece una enfermedad degenerativa se materializa en el momento en que no puede continuar trabajando, según las particularidades del caso, puede: (i) ser relativamente próximo al momento en que se emite el respectivo dictamen de calificación si realizó cotizaciones recientes[93]; (ii) el día de la solicitud de calificación si fue presentada cuando el estado de salud impedía toda actividad laboral[94]; y, (iii) la época de la última cotización[95].

(iii) Cómputo de semanas cotizadas.

La versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el texto modificado por la Ley 860 de 2003 establecen respectivamente que el solicitante debe haber cotizado 26 o 50 semanas, en el año inmediatamente anterior o en los 3 años previos a la estructuración.

Según lo expuesto anteriormente, el parámetro constitucional fijado por esta Corporación es diáfano. Por ello, cuando se solicita una pensión de invalidez por parte de una persona con enfermedad degenerativa, se deben contar todas las semanas aportadas hasta el día en que su condición médica impide cualquier desempeño laboral e impida acceder a una fuente de ingresos. Es decir, que se torna necesario tener en cuenta aquellas semanas cotizadas después de la fecha de estructuración retroactiva, por cuanto no siempre se refiere a la que determina la invalidez materialmente

Al respecto, en la sentencia T-273 de 2015, la Sala Sexta de Revisión, expuso una línea jurisprudencial que se retoma a continuación:

“En sentencia T- 163 de 2011 la Corte otorgó la pensión de invalidez a la accionante a pesar de no haber cumplido con las semanas cotizadas a la fecha de estructuración fijada retroactivamente[96]. Teniendo en cuenta que había continuado cotizando no era factible considerar que para esa fecha había perdido la capacidad laboral de forma permanente y definitiva, por lo que tuvo en cuenta las semanas cotizadas hasta la solicitud de la pensión. Consideró que “cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema, durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva”.

Por lo anterior, los aportes realizados al sistema durante el tiempo comprendido entre la fecha retroactiva y el momento en el que la persona pierde materialmente su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, son válidos para el cumplimiento del requisito de las semanas cotizadas para obtener una pensión de invalidez.

En este mismo sentido, en sentencia T-1013 de 2012, esta Corte precisó “que en los casos de estudio de reconocimiento de una pensión de invalidez de un afiliado que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, se debe tener en cuenta los aportes realizados al sistema, hasta el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva, entendiendo que esta coincide con la situación material de la persona.”

De igual manera, en sentencia T-022 de 2013[97], esta Corporación examinó cómo debían contarse las semanas cotizadas al sistema de seguridad social para acceder a una pensión de invalidez de una persona cuya discapacidad fue fechada retroactivamente desde su nacimiento por padecer una enfermedad congénita. En esa oportunidad, la Corte evidenció que la accionante laboró y aportó más de trescientas (300) semanas desde julio de 2004 hasta julio de 2011, cuando por el deterioro de su visión causado por su enfermedad no pudo seguir laborando y aportando al sistema. El 27 de julio de 2011 solicitó a la administradora de fondos de pensiones accionada el reconocimiento de su pensión de invalidez, quien la negó por encontrar que para la fecha de estructuración retroactiva no

había realizado ninguna cotización.

La Corte determinó que las semanas cotizadas hasta la solicitud de calificación debían ser tenidas en cuenta toda vez que en ese momento se materializó la dificultad de trabajar, ya que padecía una enfermedad degenerativa, y a pesar de su condición había cotizado. En razón de ello, ordenó dejar parcialmente sin efectos el dictamen de pérdida de capacidad laboral para que como fecha de estructuración fuera tomada en cuenta la solicitud de la calificación porque en ella señaló que estaba en la imposibilidad de seguir laborando.”

Conforme a lo anterior, al examinar una solicitud de pensión de invalidez de una persona con enfermedad degenerativa, se debe tener en cuenta que: (i) la fecha de estructuración corresponde al momento en el que el peticionario pierde materialmente la capacidad de trabajo de manera permanente y definitiva, en aplicación del principio de la primacía de la realidad y, (ii) se deben tener en cuenta todas las semanas cotizadas hasta ese momento.

IV. CASOS CONCRETOS

A continuación, la Sala examinará cada uno de los asuntos de referencia con el fin de establecer si Colpensiones y Porvenir decidieron las solicitudes de pensión de invalidez, conforme a los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos para los casos en los que el petente padece de una enfermedad degenerativa.

1. Exp. T-5.719.173

1.1. Presentación del caso.

En el caso de la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez (56 años) (i) padece de poliomielitis, (ii) Colpensiones le diagnosticó 69.55% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el 8 de septiembre de 1961[98], (iii) en valoración médica expedida el 6 de noviembre de 2013. Sin embargo, (iv) los aportes de pensión comprenden un periodo anterior y posterior a esa fecha que fue indicada por la entidad calificadora; además, acumuló 162,15 semanas entre el 1º de agosto de 2002 y el 31 de marzo de 2006, de las cuales 38,58 en el último año[99], como consta en el reporte de tiempo cotizado expedido por Colpensiones el 22 de agosto de 2013.

(v) La entidad demandada, mediante Resolución GNR 413143 de 21 de diciembre de 2015, negó la petición de reconocimiento y pago de pensión de invalidez propuesta el 4 de noviembre de 2015. Fundamentó su decisión así: “se tomó como fecha para contar las semanas requeridas por la Ley 860 de 2003, la fecha del dictamen, la cual corresponde al 6 de noviembre de 2013, así mismo se informa que no logra cumplir con el requisito de semanas toda vez que su última cotización al sistema de la seguridad social es hasta el 31 de marzo de 2006”[100]; (ii) la peticionaria no cumple con el requisito para aplicarle la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de invalidez, esto es haber cotizado 26 semanas en el último año a la entrada en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 (29 de diciembre de 2003)[101].

1.2. Análisis del caso.

Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Carmen Alcira Barreto, por cuanto en su análisis prescindió de las reglas jurisprudenciales fijadas por esta Corte en relación con la verificación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los casos que el peticionario padece de una enfermedad crónica[102]. De ello, derivó la afectación de sus derechos fundamentales.

La entidad demandada corroboró los requisitos de la pensión de invalidez a partir del día que fue emitido el concepto de pérdida de capacidad laboral por parte de la entidad cuando correspondía tener en cuenta la fecha en la que se efectuó el último aporte, siendo esto el momento en el que se concretó la invalidez. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte que la demandante cotizó 162,15 entre el 1º de agosto de 2002 y el 31 de marzo de 2006 (última cotización)[103] y acreditó su estado de incapacidad (69,5%) causada por poliomielitis.

En este orden de ideas, la señora Barreto acredita a cabalidad los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En consecuencia, la Corte amparará los derechos invocados y ordenará a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez, conforme a la ley.

2. Exp. T-5.726.333

2.1 Presentación del caso.

Por su parte, el señor Jairo de Jesús Manjarrez Tirado (63 años) (i) sufre de enfermedades degenerativas (“enfermedad de neuronas motoras”, hipertensión y diabetes mellitus), que de manera progresiva deterioraron su estado de salud hasta el punto de encontrarse en la dependencia funcional para realizar sus actividades diarias. Por ello, el dictamen calendado del 23 de octubre de 2013 de Colpensiones calificó un porcentaje de 79% de pérdida de capacidad laboral a partir del 29 de diciembre de 1955.

A pesar de sus dolencias, alcanzó a cotizar 750 semanas entre el 1 de octubre de 1966 hasta el 30 de septiembre de 2011[104], esto es inclusive con posterioridad al 29 de diciembre de 1955.

En la Resolución GNR 91889 del 25 de marzo de 2015, Colpensiones resolvió de manera desfavorable el reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante, bajo el argumento que no encontró demostrado que hubiera cotizado más de 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la estructuración de invalidez[105], tomando en cuenta la indicada en el dictamen.

2.2. Análisis del caso.

En consideración de esta Sala, Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jairo de Jesús Manjarrez Tirado porque, en negativa del 25 de marzo de 2015 sobre la pensión de invalidez, no se ven reflejadas las reglas jurisprudenciales sobre la identificación del momento en que se concreta la invalidez en los casos que el petitionario padece de una enfermedad crónica[106].

La negativa de la pensión del petitionario es contraria a la legislación en la materia pensional en la medida que se contabilizó el requisito de semanas cotizadas a partir del momento en el que se realizó el dictamen de invalidez. Ello, a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera reiterada que debe tenerse en cuenta cuando la persona se vio en la necesidad física de cesar toda actividad laboral, lo que implica en este caso la oportunidad en la que se efectuó el último aporte por concepto de pensión[107].

La Sala observa que el señor Manjarrez Tirado acredita a cabalidad los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen del artículo 1º de la Ley 860 de 2003,

analizados a partir del 30 de septiembre de 2011, siendo este el día en que pagó por última vez el aporte[108]: por una parte, se corroboró una calificación mayor al 50% de invalidez, con motivo de enfermedades degenerativas, y por otra parte, contaba con 132,85 semanas cotizadas en los 3 años anteriores.

Así las cosas, correspondía a Colpensiones proveer una respuesta favorable a la petición pensional. En consecuencia, se ampararán los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, por lo que se ordenará a reconocer y cancelar esta prestación, conforme a la ley.

3. Exp. T- 5.732.582

3.1. Presentación del caso.

Por su parte, el señor Wilson Amórtegui Zuluaga, diagnosticado de VIH y toxoplasmosis cerebral, herpes zoster, hemiparesia derecha, entre otras enfermedades que han comprometido la movilidad de sus extremidades de la parte derecha de su cuerpo, fue dictaminado con una invalidez del 67.05%, por parte del Grupo interdisciplinario de Calificación e Pérdida de Capacidad Laboral y de Origen de Seguros de Vida Alfa S.A., el 23 de diciembre de 2009. Dicha entidad indicó que la estructuración habría ocurrido el 4 de junio de 2009[109], aduciendo que corresponde al último reporte de la infección VIH/Sida en la historia clínica. A pesar de sus quebrantos de salud laboró, lo que le permitió cotizar un total de 90,71 semanas ante Colpensiones entre el 1º de enero de 1997 y el 31 de julio de 1999, es decir que aportó inclusive después del día señalado retroactivamente por la entidad calificadora.

En cuanto a la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez, formulada el 20 de mayo de 2014, Porvenir refutó su pretensión, pormenorizando que entre en los tres años anteriores al 4 de junio de 2009 -fecha de estructuración retroactiva indicada en el dictamen-, sólo contaba con 35 semanas cotizadas; y, tampoco había observancia del requisito de fidelidad.

3.2. Análisis del caso.

En este caso, Porvenir conculcó los derechos a la seguridad social y mínimo vital del señor

Wilson Amórtegui Zuluaga, por cuanto negó la pensión de invalidez, incurriendo en un error al contabilizar las semanas exigidas por la Ley 860 de 2003 desde la emisión del dictamen médico en lugar del tiempo de la última cotización al sistema. Este error se causó por el desconocimiento de las reglas jurisprudenciales expuestas a lo largo de esta providencia, según la cual la invalidez solo se concreta en el momento en el que se torna imposible continuar laborando y por ello efectuar pagos pensionales.

Lo anterior radica en que la Sala observa que las pruebas documentales que obran en el expediente respaldan el cumplimiento de los requisitos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez. Por una parte, se encuentra acreditado que el actor sufrió una disminución física mayor al 50%, como consta en el dictamen médico del 23 de diciembre de 2009. Aunado a lo anterior, el señor Amórtegui Zuluaga aportó por última vez en junio de 2013, acumulando un total de 107 semanas en los últimos tres años[110].

Las circunstancias anteriormente descritas amerita la intervención del juez constitucional para que se protejan los derechos fundamentales invocados por el actor. Por tanto, se ordenará a Porvenir a reconocer y cancelar la pensión de invalidez, conforme a la ley.

4. Exp. T-5.719.916.

4.1. Presentación del caso.

Fabián Enrique Meléndez Maldonado interpuso acción de tutela contra Colpensiones porque dicha entidad negó el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo el argumento que no cumplió con el requisito de las 50 semanas, fijado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, porque solo contaba con 29 semanas dentro del periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2010 y el 8 de octubre de 2013.

4.2. Análisis del caso.

En el asunto bajo examen, Colpensiones quebrantó los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Meléndez Maldonado porque no tuvo en cuenta los parámetros jurisprudenciales en relación con la fecha de invalidez de personas que sufren enfermedades degenerativas.

Tal como se explicó anteriormente, la entidad demandada evaluó el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez, con base en la fecha de emisión del dictamen en lugar de aquella en la que se efectuó el último aporte, esto es junio de 2011. De haberlo hecho, habría advertido que en los últimos tres años anteriores a la pérdida de capacidad laboral material y efectiva del actor, esto es, entre junio de 2008 y junio de 2011, el peticionario alcanzó a cotizar 124.28 semanas[111].

Por tanto, se ordenará a Colpensiones reconocer y cancelar la pensión de invalidez, conforme a la ley.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión proferida 16 de junio de 2016, proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral-, así como la del 13 de mayo de 2016, dictada en primera instancia por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Carmen Alcira Barreto Vásquez contra Colpensiones. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la accionante. En consecuencia, ORDENAR a Administradora Colombiana de Pensiones que, dentro de los cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, expida el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de la señora Carmen Barreto, y empezar a efectuar el pago en la nómina del mes siguiente a la notificación de esta providencia (T- 5.719.173).

Segundo.- REVOCAR la decisión proferida el 7 de junio de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala Civil-Familia-Laboral, así como la del 19 de abril de 2016 dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sincelejo dentro de la acción de tutela promovida por Jairo de Jesús Manjarrez Tirado contra Administradora Colombiana de Pensiones. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la accionante. En consecuencia,

ORDENAR a Administradora Colombiana de Pensiones que, dentro de los cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, expida el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del Jairo de Jesús Manjarrez Tirado, y empezar a efectuar el pago en la nómina del mes siguiente a la notificación de esta providencia (T-5.726.333)

Tercero.- REVOCAR la sentencia del 3 de junio de 2016 proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, así como la del 19 de enero del mismo año dictada por el Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la accionante. En consecuencia, ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que, dentro de los cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, expida el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Wilson Amórtegui Zuluaga, y empezar a efectuar el pago en la nómina del mes siguiente a la notificación de esta providencia (T- 5.732.582).

QUINTO.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sin embargo, según consulta en el RUAF, está afiliada en el régimen subsidiado en Capital Salud EPS.

[2] Fecha para la cual contaba con un año de edad, teniendo en cuenta que nació el 5 de octubre de 1960.

[4] Folio 23, cuaderno 1.

[5] Folio 14, cuaderno 1.

[6] Folio 24, cuaderno 1.

[7] Idem

[8] Citó las sentencias T-588 de 2015 y T-943 de 2014.

[9] Folios 28- 30, cuaderno 1.

[10] Folio 32, cuaderno 1.

[11] Folio 9, cuaderno 1.

[12] Folios 10-13, cuaderno 1.

[13] Folio 14, cuaderno 1.

[14] Folios 15-17, cuaderno 1.

[15] Folios 18-19, cuaderno 1.

[16] Folios 23- 25, cuaderno 1.

[17] Folios 28- 30, cuaderno 1.

[18] Folios 31-33, cuaderno 1.

[19] Folio 42, cuaderno 1.

[20] En sus términos, “pese a que el accionante allega una serie de pruebas documentales, se tiene que en el caso bajo estudio, conforme a las jurisprudencias que al respecto ha emitido la Honorable Corte Constitucional, lo anterior, no es suficiente como para desplazar los procedimientos ordinarios y/o administrativos pertinente mediante la acción de tutela, por cuanto la misma no puede suplir los mecanismos idóneo para lo pretendido, concluyendo así el Despacho, que al accionante le asisten otros medios de defensa judicial” (Folio 41, cuaderno 1).

[21] Folio 51, cuaderno 1.

[22] Folio 37, cuaderno 1.

[23] Folios 23-25, cuaderno 1.

[24] Folios 17-18, cuaderno 1.

[25] Folios 19-22, cuaderno 1.

[26] Folios 23-25, cuaderno 1.

[27] Folios 26-28, cuaderno 1.

[28] Folio 40, cuaderno 1.

[29] La tutela, encaminada a cuestionar la Resolución del 25 de marzo de 2015 de Colpensiones, notificada el 31 del mismo mes, fue presentada el 5 de abril de 2016. Esto es, 1 año y 5 días después de la ocurrencia del acto administrativo que consolidó el daño alegado. Sin embargo, desde el 9 de abril de 2015, el accionante otorgó poder para la presentación de esta defensa (folio 37, cuaderno 1.)

[30] Folio 37, cuaderno 1.

[31] Período comprendido entre el 24 de octubre de 2010 y el 23 de octubre de 2013 (fl. 39).

[32] Si bien el apoderado escribe “pensión de vejez” en su escrito, a folio 49, del contexto y fundamento de los argumentos expuestos es claro que se refiere a la pensión de invalidez.

[33] Folio 7, cuaderno 2.

[34] Afirmación contenida en el escrito de tutela, folio 96, cuaderno 1.

[35] Folio 13, cuaderno 1.

[36] Folio 15, cuaderno 1.

[37] Folio 158, cuaderno 1,

[38] Folio 140, cuaderno 1.

[39] Folio 16, cuaderno 1.

[40] También manifestó que el señor Amórtegui Zuluaga no es acreedor a la pensión de invalidez porque no se acreditaron los requisitos legales, en la medida que: (i) entre el 4 de junio de 2009 y el 4 de junio de 2006, solo contaba con 35 semanas en ese lapso de tiempo; y, (ii) el requisito de fidelidad es exigible porque la sentencia C-426 de 2009 de la Corte Constitucional sólo rige a futuro desde el 1º de julio de 2009. Folios 1-3, cuaderno 1.

[41] Folio 16, cuaderno 1.

[42] Folios 1-3, cuaderno 1.

[43] Folios 4-12 y 15, cuaderno 1.

[44] Folios 13-14, cuaderno 1.

[46] Folios 21-834, cuaderno 1.

[47] Folio 158, cuaderno 1.

[48] Folio 148, cuaderno 1.

[49] De manera preliminar, el Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá, mediante auto del 15

de diciembre de 2015, avocó conocimiento, dio traslado de la tutela y vinculó al Ministerio del Trabajo, Ministerio de Salud y Seguridad Social, al Fosyga y a la compañía Seguros de Vida Alfa S.A. (folio 108, cuaderno 1).

[50] Folios 137-158, cuaderno 1.

[51] Folios 124-127, cuaderno 1.

[52] Folios 128-131, cuaderno 1.

[53] Folios 175-177, cuaderno 1.

[54] Folio 8, cuaderno 3.

[55] Folio 9, cuaderno 1.

[56] Folio 10, cuaderno 1.

[57] Folios 11- 13, cuaderno 1.

[58] Folios 14-17, cuaderno 1.

[59] Folios 18-20, cuaderno 1.

[60] Allegó la contestación una vez concedido el recurso de apelación (fl.66-74, cuaderno 1).

[61] Esta entidad fue vinculada mediante auto del 7 de diciembre de 2015 proferido por el Juzgado Segundo Civil del circuito de Barranquilla (Fl. 24).

[62] En un primer momento, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, en sentencia del 13 de enero de 2016, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Fabián Enrique Meléndez Maldonado. En consecuencia, ordenó a Colpensiones aplicar la normativa de la pensión de invalidez contenida en el Acuerdo 049 de 1990, para que con base en él realizara los trámites tendientes al reconocimiento de su pensión de invalidez. Sin embargo esta sentencia fue sustraída de la vida jurídica, por cuanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Barranquilla, Sala Civil-Familia, en sentencia del 24 de febrero de 2016, decretó la nulidad desde el auto admisorio inclusive (fls. 117-118). Ello, en respuesta a la impugnación propuesta por la entidad demandada, en la que solicitó declarar la carencia actual de objeto por hecho superado como quiera que en la Resolución del 23 de agosto de 2015 resolvió la petición pensional con fundamento en lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990.

[63] Folio 105, cuaderno 1.

[64]Resolvió: “Primero. Por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, VINCULAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la acción de tutela interpuesta por Wilson Amórtegui Zuluaga contra Porvenir, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto se pronuncie acerca de la misma y ejerza su derecho a la defensa. Para tal efecto, acompáñese copia de los escritos de tutela y las sentencias de instancia, del expediente T- 5.732.582. / Segundo. ORDENAR a la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, allegue copia del dictamen de pérdida de capacidad de Colpensiones en el que fue calificado el aumento de su pérdida de capacidad laboral en 78,1% (T-5.719.173). / Tercero. ORDENAR a Colpensiones, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, allegue copia del dictamen de pérdida de capacidad en el que fue calificado el aumento de su pérdida de capacidad laboral en 78,1% de la señora Carmen Alcira Barreto Vásquez (T-5.719.173). / Cuarto. ORDENAR a Porvenir, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, informe qué actuaciones realizó ante Colpensiones con el fin de hacer efectivo el traslado de fondo de pensiones del señor Amórtegui Zuluaga y (ii) si recibió el equivalente a las semanas que el accionante había cotizado anteriormente en dicha entidad (T- 5.732.582).”

[65] Folio 19, cuaderno 1.

[66] Estas pruebas documentales fueron incorporadas al expediente T-5.719.173.

[67] Este problema jurídico comprende el escollo jurídico sobre la procedencia que fue analizado en los expedientes T-5.719.173, T-5.726.333 y T- 5.732.582, motivo por el cual es un aspecto necesario en el análisis en sede de revisión.

[68] “Artículo 86. C.P: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)”.

[69] Sentencia C-590 de 2005.

[70] Sentencia T-328 de 2010.

[71] Sentencias T-1028 de 2010 y T-158 de 2006, entre otras.

[72] En la misma línea, la Sala Sexta de Revisión insistió en la sentencia T-417 de 2016, que “le corresponde al juez constitucional determinar si en el caso concreto la utilización del recurso de amparo, más allá de buscar la salvaguarda de derechos fundamentales vulnerados al interior de una actuación administrativa, pretende enmendar la falta de agotamiento de la vía gubernativa y con ello habilitar el estudio de la controversia en un escenario judicial. Evento en el cual, la acción de tutela se torna improcedente.// En lo atinente a los mecanismos judiciales ordinarios, la jurisprudencia constitucional ha admitido que bajo algunas circunstancias no se erigen como un medio eficaz o idóneo para garantizar el goce del derecho fundamental invocado, cuando existe evidencia de un perjuicio irremediable o cuando la mora judicial de la jurisdicción implica un agravio desproporcionado para el solicitante”. En relación con el estudio que corresponde al juez constitucional, la Sentencia T-669 de 2013 expresa que “Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso, estudiando aspectos tales como si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; el tiempo que tarda en resolverse la controversia en la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite, la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una especial consideración de su situación, entre

otras.”

[73] Sentencias T -467 de 2015 y T-558 de 2010.

[74] En las tutelas promovidas por Carmen Alcira Barreto Vásquez (T-5.719.173), Jairo de Jesús Manjarrez Tirado (T-5.726.333), Fabián Enrique Meléndez Maldonado (T-5.751.916).

[75] En la tutela promovida por Wilson Amórtegui Zuluaga (T- 5.732.582).

[76] Sentencia T-774 de 2015, T-273 de 2015.

[77] Según los hechos relatados en los escritos de tutela, los hechos vulneradores corresponden a: Expediente T-5.719.173: la negativa de Colpensiones se concretó en el acto administrativo del 16 de febrero de 2016; Expediente T-5.726.333: la negativa de Colpensiones se materializó en el acto administrativo del 18 de marzo de 2016; Expediente T- 5.732.582: la negativa de Porvenir se consolidó en la comunicación del 18 de junio de 2014; Expediente T-5.751.916: la negativa de Colpensiones tuvo lugar a través de la Resolución del 23 de agosto de 2015.

[78] Sentencia SU-377 de 2014.

[79] Sentencias T- 467 de 2015, T-354 de 2014 y T-326 de 2013, T-646 de 2007, T-1036 de 2003, T-029 de 2001, T-1752 de 2000, T-426 de 1992, T-471 de 1992, entre muchas otras.

[80] Exps. T-5.719.173 y T-5.751.916.

[81] Exp. T-5.726.333.

[82] Exp. T- 5.732.582.

[83] “Artículo. 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.” Declarado exequible por la Sentencia C-589 de 2012.

[84] “Artículo 9. Estado de invalidez. Para los efectos del Sistema General de Riesgos

Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación./ En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6o. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen. /El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.”

[85] “Artículo 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: // 1. 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.[85] // 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. (Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-428 de 2009, salvo el aparte subrayado que fue declarado inexequible en la misma sentencia, providencia confirmada en la Sentencia C-727 de 2009.) // 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.” (Este numeral fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-727 de 2009. En esa oportunidad se sostuvo que “Teniendo en cuenta que el parágrafo [2 del

artículo 1 de la Ley 860 de 2003] establece una condición más beneficiosa que la planteada en los numerales 1 y 2, tal como quedaron después de la sentencia C-428 de 2009, en la medida que para quienes hayan alcanzado el nivel de cotización señalado en el párrafo, esto es, 75% del total de semanas que se requieren para adquirir la pensión de vejez, la exigencia de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, baja a 25 semanas. No observa la Corte que tal requerimiento constituya un retroceso en el nivel de protección alcanzado.).

[86] Sentencia T- 175 de 2014.

[87] En este mismo sentido, ver la sentencia T- 273 de 2015.

[89] Arts. 42 y 43 de la Ley 100 de 1993.

[90] “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”. En su artículo 3 se define la fecha de estructuración de la invalidez como “la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional./ Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”

[91] Este Tribunal Constitucional lo explicó en Sentencia T-885 de 2011 en los siguientes términos: “Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta,

generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

[92] Sentencias T-485 de 2014, T-163 de 2011, T-885 de 2011 y T-710 de 2009.

[93] En la sentencia T-561 de 2010, la Corte otorgó la pensión de invalidez a una persona con una enfermedad degenerativa, porque cumplió con los requisitos de la pensión de invalidez a una fecha próxima al momento en el que solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez. Esta decisión, desechó el argumento que la accionante no cumplía con las semanas cotizadas para la fecha de estructuración señalada retroactivamente por la calificación. El fundamento de esta decisión fue que el estado de invalidez en los casos de enfermedades degenerativas se consolida cuando “la persona ve drásticamente disminuidas sus destrezas físicas y mentales, lo que le impide desarrollar cualquier actividad laboral económicamente productiva”. Por lo tanto, “salvo que exista una prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fijación de la fecha de una persona suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones de más mientras se produce tal calificación.”

[94] En sentencia T-163 de 2011, la Sala Primera de Revisión realizó un análisis jurisprudencial en el que constató que la fecha de estructuración de invalidez de una persona que sufre de una enfermedad degenerativa corresponde a la fecha en que “el actor tuvo que dejar de trabajar, y ordenó a la administradora de fondos de pensiones accionada que reconociera y pagara la pensión de invalidez del actor”. Puntualmente, en este caso la Corte tuvo como fecha de estructuración de invalidez la fecha de la solicitud de calificación, toda vez que según los hechos del caso la solicitud se presentó sólo en el momento en el que el estado de salud impedía toda actividad laboral.

[95] En sentencia T-485 de 2014, la Sala Quinta analizó la negativa de Colpensiones respecto de la pensión de invalidez a pesar de que la peticionaria sufría una enfermedad de carácter degenerativo y haber efectuado aportes al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración retroactiva. En esa oportunidad, se consideró que quien padece una enfermedad degenerativa puede continuar trabajando y cotizando al sistema de seguridad social hasta que se le imposibilite desempeñar sus labores y cotizar al sistema. Por lo tanto, señala que “en este evento debe entenderse la fecha de estructuración desde el momento en que efectivamente no pudo seguir trabajando, y no en la fecha en que fue detectada la enfermedad”.

[96] En este caso la Corte amparó los derechos fundamentales de la peticionaria a quien no le habían reconocido la pensión de invalidez del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, bajo el argumento que no había cotizado 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tomando en cuenta la fecha retroactiva (22 de noviembre de 2008) fijada por la calificadora el 30 de diciembre de 2009, cuando sólo había aportado 28.26 semanas. La Corte desestimó lo dicho y tomó como fecha de estructuración el día de la solicitud de la pensión para evaluar los demás requisitos.

[97] La accionante fue diagnosticada con una enfermedad denominada toxoplasmosis congénita, cuyo efecto principal es el deterioro progresivo de la visión. Por ello, tuvo que retirarse de su último empleo y, ante la imposibilidad de continuar trabajando, el 27 de julio de 2011 solicitó la pensión de invalidez al fondo de pensión privado. Mediante dictamen del 7 de marzo de 2012, fue calificada con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 53.15%, con fecha de estructuración la fecha de su nacimiento. Con base en lo anterior, la entidad accionada negó la petición y fundamentó su decisión en que el hecho que el estado de invalidez era anterior a la afiliación, el 26 de julio de 2004. La decisión en sede de revisión se consideró (i) que la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral debe tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve materialmente disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva; y, (ii) que cuando se trata de una persona con una enfermedad degenerativa a quien se le fijo fecha retroactiva con base en el momento en que se dictaminó por primera vez la enfermedad, sin tener en cuenta que esa persona ha conservado su capacidad laboral y ha aportado al sistema luego de ese momento, y que esa decisión hace que a esa persona le

sea imposible cumplir con los requisitos legales para pensionarse, el juez de constitucionalidad debe tutelar el derecho a la seguridad social estableciendo la fecha de estructuración a partir del momento en que la persona perdió efectivamente su capacidad laboral. Con base en lo anterior, la Sala de Revisión definió que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la peticionaria fue el 27 de julio de 2011, fecha en que la solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez “ante la imposibilidad de continuar laborando”.

[98] La Sala no tuvo en cuenta la pérdida de capacidad laboral de 71,8% alegada en el escrito de tutela, toda vez que la demandante no aportó el documento referido y Colpensiones indicó que la única calificación de la señora correspondía a la emitida el 6 de noviembre de 2013.

[99] Folio 14, cuaderno 1.

[100] Folio 24, cuaderno 1.

[101] Idem

[102] Sentencias T-153 de 2016, T-485 de 2014 y T-962 de 2011

[103] Folio 15, cuaderno.

[104] Folio 26, cuaderno 1.

[105] De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 860 de 2013.

[106] Sentencias T-153 de 2016, T-485 de 2014 y T-962 de 2011.

[107] Idem.

[108] De un total de 750 semanas, 186 de ellas las cotizó entre septiembre de 2008 y septiembre de 2011 (Folio 28).

[109] Afirmación contenida en el escrito de tutela, folio 96, cuaderno 1.

[110] Folio 15, cuaderno 1.

[111] Folio 17.