

Sentencia T-690/13

CONDICIONES CONSTITUCIONALES PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Reiteración de jurisprudencia

(1) Por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable. 2) la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales, debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo. 3) la jurisprudencia de la Corte ha estimado necesario la acreditación de un grado mínimo de diligencia en la búsqueda administrativa del derecho presuntamente conculcado por parte del actor, la afectación de su mínimo vital como consecuencia de la negativa pensional, y una meridiana convicción sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA PENSIONAL-Criterios de valoración por parte del juez para determinar la protección constitucional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección

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

Esta Corte ha reconocido en múltiples pronunciamientos, la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, en relación con su

derecho a la pensión de invalidez. En este aspecto la Corte ha precisado que existe un problema en la determinación real o material de la pérdida de capacidad laboral de las personas que sufren este tipo de enfermedades, pues para acceder a tal pensión se exige como requisito esencial que la persona esté calificada con pérdida definitiva y permanente respecto a su capacidad para laborar.

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

En el caso de enfermedades o accidentes tanto de origen común o laboral, que conducen a una pérdida de capacidad permanente y definitiva, generalmente la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho establecido en los dictámenes de calificación médica. Sin embargo, existen casos en los que la fecha de la pérdida de capacidad es diferente a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Esta última situación es la que se presenta respecto a las personas con pérdida de capacidad laboral de forma paulatina y progresiva. Frente a estos casos esta Corporación ha evidenciado que las calificaciones de invalidez realizadas por las juntas u organismos competentes para elaborar estas experticias, se determinan generalmente con base en la fecha en la que se presentó el primer síntoma de la enfermedad, o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de la enfermedad. Empero, en este tipo de enfermedades dichas calificaciones no corresponden de manera cierta al momento en el que la persona pierde la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, tal y como lo exige la normatividad que regula la pensión de invalidez. En consecuencia se genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez. Así las cosas, esta Corte ha reconocido en múltiples pronunciamientos, la especial protección que requieren las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez.

PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD Y PROGRESIVIDAD-Regla jurídica para determinar régimen legal aplicable para su reconocimiento en el caso en que personas que habiendo sido declaradas inválidas continuaron realizando aportes al sistema

pensional

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Inaplicación del requisito de 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración por cuanto el accionante, a pesar de la enfermedad padecida, continuó cotizando al sistema

PENSION DE INVALIDEZ Y MINIMO VITAL-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión al accionante, quien pertenece al Grupo uno de prioridad, según lo establecido en el auto 110/13

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA-Orden a Fondo Protección reconocer y pagar pensión de invalidez

Referencia: expediente T-3783741 (AC)

Acciones de tutela instauradas de forma separada por José Francisco Restrepo y Elkin Ariel Cortés Chíquiza contra el Instituto de los Seguros Sociales y Colpensiones y; por Edward Jaramillo Moncada contra la AFP Porvenir S.A. y Sandra Patricia Espitia Bedoya contra la AFP Protección S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., primero (1º) de octubre de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, y los magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Mediante la cual se pone fin al trámite de revisión de los siguientes fallos de tutela dictados dentro de los procesos de la referencia:

Expediente

Fallos de tutela

T-3421363

Primera Instancia: sentencia del 15 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira.

Segunda Instancia: sentencia del 15 de febrero de 2012, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

T-3433521

Primera Instancia: sentencia del 14 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá.

Segunda Instancia: sentencia del 14 de marzo de 2012, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

T-3783741

Única instancia: sentencia del 11 de diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cali.

T-3791528

Primera instancia: sentencia del 12 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá.

Segunda Instancia: sentencia del 11 de diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

Acumulación de procesos

La Corte Constitucional acumuló entre sí los expedientes T-3421363, T-3433521, T-3783741 y T-3791528, para que fueran fallados en una sola sentencia, tras considerar que presentan unidad de materia.

1. Expediente T-3421363

De los hechos y la demanda

1.1. José Francisco Restrepo promovió acción de tutela contra el ISS, Seccional Risaralda, para que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por esa entidad, al negarse a reconocerle su pensión de invalidez. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:

1.2. El actor, de 60 años de edad, padece hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo 2, desde hace varios años. Producto de estas dolencias le fue amputada su pierna derecha. Explicó que esas enfermedades le impiden llevar una vida normal y acceder a un empleo, ya que tiene problemas de movilidad y desplazamiento.

1.3. Por esas razones, se sometió a una valoración del médico laboral del ISS. El 13 de octubre de 2010 el médico determinó que había perdido el 61.96% de su capacidad laboral y fijó como fecha de estructuración de la invalidez el 31 de octubre de 2009. En consecuencia, el peticionario solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

1.4. El ISS negó la pensión, mediante la Resolución N° 101851 del 6 de abril de 2011. En síntesis, la entidad refirió que el señor Restrepo cotizó 335 semanas en forma ininterrumpida, pero ninguna de ellas fue sufragada dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, como lo exige la Ley 860 de 2003. La decisión no fue impugnada.

1.5. El actor, por su parte, sostiene que las semanas que cotizó al Seguro Social -más de 300- le permiten acceder a la pensión de invalidez, según los requisitos exigidos para el efecto por la normativa anterior a la Ley 100 de 1993, es decir, por el Acuerdo 049 de 1990. Alegó, en este punto, que si la contingencia que sufrió hubiera ocurrido antes de que la Ley 100 entrara en vigencia, o si no se hubieran modificado las exigencias del Acuerdo 049, habría podido acceder sin reparos a su pensión.

1.6. Así las cosas, pidió el amparo de sus derechos fundamentales y el reconocimiento de su pensión de invalidez, a partir de la fecha en que esta se estructuró, es decir, del 31 de

octubre de 2009. Lo anterior, teniendo en cuenta sus condiciones de vulnerabilidad y el retroceso que la aprobación de la Ley 100 de 1993 significó para los afiliados al sistema de seguridad social.

Intervención de la entidad accionada

1.7. La jefe del Departamento de Pensiones del Seguro Social- Seccional Risaralda respondió la tutela, advirtiéndole que la decisión tomada a través de la Resolución N° 101851 del 6 de abril de 2011, que le negó la pensión de invalidez al accionante, quedó en firme, debido a que este no impugnó el respectivo acto administrativo.

Del fallo de primera instancia

1.8. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira con Funciones de Conocimiento declaró improcedente la tutela, a través de sentencia del 15 de diciembre de 2011. Para el juez, no se demostró que existiera un perjuicio irremediable ni que se hubiera vulnerado alguna garantía constitucional del accionante. Consideró, por eso, que lo pretendido debía plantearse en su escenario natural, es decir, ante los jueces laborales.

Impugnación

1.9. El actor impugnó la decisión de primer grado, recordando la jurisprudencia constitucional que permite reconocer pensiones a través de la acción de tutela cuando su titular es un sujeto de especial protección. Además, indicó que cumple los requisitos para obtener el amparo, pues tiene derecho a la pensión de invalidez en los términos previstos por la ley. Para finalizar, se refirió a las graves consecuencias de someter a un proceso ordinario a una persona que, como él, sufre una disminución de su capacidad física que afecta su calidad de vida y le impide acceder a un trabajo.

Del fallo de segunda instancia

1.10. Antes de resolver la impugnación, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira contactó, por vía telefónica, a la jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto del Seguro Social, para que allegara al despacho el historial de cotización del accionante. Recibido el documento vía fax, el caso fue decidido, a través de sentencia del 15 de febrero de 2012.

1.11. La Sala ad quem consideró que las condiciones de salud del accionante justificaban la procedibilidad formal de la tutela. Sobre ese supuesto, abordó el análisis material de la acción constitucional, teniendo en cuenta el informe de semanas cotizadas recaudado en esa instancia.

1.12. Según el documento, el actor acumuló 393,99 semanas de cotización durante toda su vida laboral. No obstante, ninguna de ellas fue cotizada dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. Como la Ley 860 exige 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, la Sala negó el amparo, advirtiendo que el actor debe plantear su pretensión en la jurisdicción ordinaria laboral, aportando las pruebas que desee hacer valer. Así las cosas, confirmó el fallo de primer grado.

2. Expediente T- 3433521

De los hechos y la demanda

2.1. Elkin Cortés Chíquiza, quien actualmente tiene 30 años de edad, sufrió un accidente de tránsito el 23 de febrero de 2008, que le causó un trauma cráneo encefálico. El 29 de agosto de ese año, la Sección de Medicina Laboral-Pensiones Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguro Social le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 72.55%, estructurada el día del accidente, es decir, el 23 de febrero de 2008. A continuación, se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda, siguiendo, para ello, el relato del peticionario.

2.2. En octubre, el demandante le solicitó al Seguro Social el reconocimiento de la pensión de invalidez. A través de Resolución 00059747 del 15 de diciembre de 2009 el ISS negó la prestación, porque el asegurado no cumplió con el requisito de 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Según la entidad, Elkin solo acumuló 41 semanas de cotización en ese periodo.

2.3. La resolución fue impugnada el 4 de marzo de 2010. No obstante, y a pesar de las peticiones que el demandante formuló de manera insistente para que el Seguro Social resolviera el recurso, la entidad solo se pronunció sobre el particular a través de la

Resolución 048038 del 15 de diciembre de 2011, que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez “limitándose a copiar exactamente el mismo texto de la resolución inicial, desde el párrafo 8, hasta el artículo primero de la parte resolutive, sin cambiar ni una coma”.

2.4. De acuerdo con lo expuesto, la apoderada del accionante solicitó la protección inmediata de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de Elkin Ariel Cortés Chíquiza, para que, en consecuencia, se ordene al Seguro Social reconocerle y pagarle la pensión de invalidez a la que tiene derecho, y se disponga su afiliación a una entidad promotora de salud, para garantizar que se le practiquen los controles médicos y los tratamientos que requiera.

2.5. Adicionalmente, precisó que la tutela se presenta como mecanismo transitorio, para evitar los perjuicios irremediables que Elkin está sufriendo al verse privado de un ingreso mensual que le asegure una vida en condiciones dignas. Por último, aclaró que los padres del actor fueron designados como guardadores de su hijo, a través de decisión judicial del 22 de octubre de 2009.

Del fallo de primera instancia

2.6. El Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá admitió la tutela mediante providencia del 2 de febrero de 2012, y ordenó notificar a la accionada. El 14 de febrero, dictó sentencia, sin que, hasta entonces, la demanda hubiera sido contestada.

2.7. La juez a quo negó el amparo constitucional relativo al reconocimiento de la pensión de invalidez, porque las resoluciones 0059747 de 2009 y 0048038 de diciembre de 2011, mediante las que se negó la prestación, se ajustaron a la Ley 860 de 2003, que era el régimen jurídico aplicable a la prestación solicitada por el demandante. La funcionaria aclaró que la norma que sirvió de fundamento para negar la pensión de invalidez no fue la declarada inexecutable por la sentencia C-428 de 2009, como lo indicó la apoderada en el escrito de tutela.

2.8. En realidad, la pensión fue negada porque el asegurado no cumplió el requisito de densidad de cotizaciones, que era de 50 semanas sufragadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez. Esa exigencia no tenía nada que ver con el requisito de

fidelidad al sistema, que fue lo que la Corte declaró inexecutable. Por eso, descartó que la accionada hubiera incurrido en la vulneración que le endilgó la abogada.

2.9. Sin embargo, advirtió que sí se vulneró el derecho de petición de los demandantes. Esto, porque, a la fecha de presentación de la tutela, el Instituto de los Seguros Sociales no había resuelto los recursos de reposición y apelación instaurados contra el acto administrativo que negó el derecho pensional. Así las cosas, le ordenó al jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales resolver en forma definitiva los recursos de la vía gubernativa, e informar al despacho sobre el cumplimiento de dicha orden.

Impugnación

2.10. La apoderada judicial del demandante impugnó el fallo de primera instancia, porque, en su criterio, Elkin Ariel Cortés Chiquiza reúne el requisito de semanas cotizadas que exige la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez. En primer lugar, la abogada indicó que las resoluciones que negaron el derecho pensional reclamado eran incongruentes, ya que la primera, la resolución 00059747 del 15 de diciembre de 2009 señaló que Elkin Ariel acumuló “un total de 215 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, de las cuales 41 semanas fueron cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración”. En cambio, la resolución 048038 del 15 de diciembre de 2011 indicó que reunió “un total de 228 semanas, de las cuales 46 fueron cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración”.

2.11. Señaló que, en todo caso, Elkin Ariel sí cumplió el requisito de densidad de cotizaciones exigido por la Ley 860, ya que cotizó 340 días entre el 7 de marzo de 2005 y el 8 de febrero de 2006. Esos 340 días, divididos por cuatro semanas, daban un total de 85 semanas sufragadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, mucho más de las 50 semanas exigidas por la norma.

2.12. Finalizó explicando la forma en que el accidente que sufrió Elkin ha afectado su calidad de vida y la de su familia, al punto de que han tenido que recurrir a amigos y vecinos que les ayudan económicamente. Agregó que, al no reconocerle la pensión, el Seguro Social está vulnerando el derecho a la salud de Elkin, pues no está afiliado a una EPS.

Del fallo de segunda instancia

2.14. La Sala concluyó que la resolución 048038 del 15 de diciembre de 2011 cumplió ese propósito, ya que hizo alusión a la resolución recurrida, fue proferida por una autoridad distinta a la que dictó la primera (el Gerente II del Centro de Atención al Pensionado) y advirtió que contra lo ahí resuelto no procedían los recursos de ley. Por último, afirmó que la solicitud de reconocimiento pensional no era procedente, porque el derecho a la seguridad social no tiene el carácter de fundamental, y solo puede ser susceptible de amparo cuando esté en conexidad con otros que ostenten dicha naturaleza.

3. Expediente T- 3783741

De los hechos y la demanda

3.1. A través de apoderada judicial el señor Edward Jaramillo Moncada interpone acción de tutela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (en adelante AFP Porvenir S.A.) por considerar vulnerados sus derechos constitucionales a la seguridad social y al mínimo vital, entre otros. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda de tutela:

3.2. Mediante dictamen del 30 de abril de 2012 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó en segunda instancia que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 56.81%, con fecha de estructuración el 16 de septiembre de 2010, en razón al padecimiento de las dolencias “trastorno mixto de ansiedad y depresión”, “ceguera de un ojo – visión subnormal del otro”, “hipoacusia conductiva – unilateral con audición irrestrictiva contralateral” y “fracturas múltiples de costilla”.

3.3. En virtud de lo anterior, el actor solicitó a la AFP Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Mediante comunicación del 12 de septiembre de 2012 la AFP accionada negó la petición al estimar que el demandante no reunía el requisito de densidad de aportación consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al momento de estructuración de la discapacidad.

3.4. El solicitante es una persona pobre y en condición de discapacidad, que convive con su

esposa en un inmueble en calidad de arrendatario. La apoderada judicial del demandante estima que la entidad vulneró los derechos fundamentales del actor, pues no tuvo en cuenta que cotizó 260.71 semanas en toda su historia laboral.

3.5. Con fundamento en los hechos y argumentos descritos, en la demanda de tutela se solicita, en síntesis, se conceda el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la accionada “dar una respuesta favorable y de fondo del asunto mediante una resolución y/o acto administrativo (...)”.

Intervención de la entidad accionada

3.6. A través de escrito del 07 de diciembre de 2012 el representante judicial de la AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de la demanda de tutela. En criterio del interviniente el actor tiene a su alcance el mecanismo ordinario de defensa judicial. Asimismo, estima que en el caso concreto no se acreditó la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable.

3.7. Igualmente, la AFP sostiene que no vulneró los derechos fundamentales del accionante, pues mediante comunicación del 17 de febrero de 2012 negó la prestación reclamada, al encontrar que este no cumplía el requisito de densidad de cotización, ya que no aportó un número igual o superior a 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al 16 de septiembre de 2010, fecha de estructuración de la invalidez.

Del fallo de única instancia

3.8. El Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali mediante sentencia del 11 de diciembre de 2012 negó la tutela reclamada. En criterio de la autoridad judicial el accionante no cumple con los requisitos de acceso a la pensión de invalidez consagrados en la legislación, ya que no cuenta con tiempo de cotización igual o superior a 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.

4. Expediente T- 3791528

De los hechos y la demanda

4.1. Sandra Patricia Espitia Bedoya interpuso acción de tutela en nombre propio contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (en adelante AFP Protección S.A.) por considerar vulnerados sus derechos constitucionales a la seguridad social y al mínimo vital, entre otros. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda de tutela:

4.2. En dictamen del 28 de abril de 2011 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó en segunda instancia que la demandante padece una pérdida de capacidad laboral del 50.25%, en razón al padecimiento de “trastornos especificados de los discos intervertebrales”, aunque no se pronunció sobre la fecha de estructuración de la invalidez (marzo 01 de 2007) que fijó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

4.3. Por esa razón la demandante solicitó a la AFP Protección S.A. el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Mediante comunicación del 26 de septiembre de 2011 la AFP accionada negó la petición al estimar que la peticionaria no reunía el requisito de densidad de aportación consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al momento de estructuración de la discapacidad.

4.4. La solicitante sostiene que padece una lesión degenerativa en la columna, que le impide desempeñar trabajo alguno. Manifiesta que tiene a cargo a su menor hijo y a sus padres, los que debido a sus escasos estudios y avanzada edad no tienen posibilidad de acceder a un empleo. Agrega que teme por su afiliación al sistema de seguridad social en salud, y por el suministro de los medicamentos indispensables para tratar su patología.

4.5. Con fundamento en los hechos y argumentos descritos, en la demanda de tutela se solicita, en síntesis, se conceda el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene a la accionada “reconocer la pensión de invalidez a mi favor, así como las mesadas generadas desde el momento de la estructuración de mi invalidez”.

Intervención de la entidad accionada

4.6. Mediante providencia del 04 de septiembre de 2012 el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá comunicó el trámite de la acción a la AFP Protección S.A., y vinculó

oficiosamente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, concediéndoles un término común de dos días para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la demanda. Transcurrido este lapso, las demandadas guardaron silencio.

Del fallo de primera instancia

4.7. El Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia del 12 de septiembre de 2012 concedió la tutela reclamada. En criterio de la autoridad judicial la accionante cumple los requisitos de acceso a la pensión de invalidez consagrados en la Ley 860 de 2003, ya que cotizó 92 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez. Lo anterior, teniendo en cuenta lo expresado por la AFP en comunicación del 04 de agosto de 2011 dirigido a la demandante, en la que refiere una pérdida de capacidad laboral del 50.25% estructurada el 01 de marzo de 2007, y señala que la demandante cotizó un total de 385 semanas al sistema general de pensiones, 92 de las cuales se aportaron dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la consolidación de la invalidez.

Impugnación

4.8. Mediante escrito del 20 de septiembre de 2012 la AFP Protección S.A. solicitó la nulidad del proceso e impugnó el fallo de instancia. En relación con la nulidad sostuvo que el oficio de comunicación de la acción de tutela enviado por el a quo incluyó un número de cédula distinto al de la afiliada, por lo que al consultar su base de datos no pudo identificarla. Frente a la impugnación de la sentencia señaló que la demandante fue calificada en última instancia por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 50.25% estructurada el 01 de marzo de 2007. Analizada la historia laboral de la actora, pudo establecer que no acreditó el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, pues en ese periodo solo acreditó 37.48 semanas de aportes. Aclaró que la AFP por error indicó que la accionante cuenta con 92 semanas de cotización dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, siendo el número correcto 37.48 semanas. Para constancia de lo afirmado, aportó como prueba el registro que evidenciaría el número real de semanas cotizadas en el periodo indicado.

4.9. A través de sentencia del 11 de diciembre de 2012 el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del

Circuito de Bogotá negó la nulidad solicitada por la AFP Protección S.A., al estimar que a pesar de los yerros del oficio de comunicación enviado en primera instancia, la demandada tuvo conocimiento del nombre e identificación correctos de la accionante en tanto el a quo le remitió copia del escrito de tutela en el que se identifica plenamente a la accionante. En lo concerniente al fondo del asunto, el ad quem estimó que a partir de las pruebas allegadas en el escrito de impugnación por la AFP, se advertía que la actora no cumplía los requisitos exigidos para acceder a la prestación de invalidez, ya que no cotizó 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez. Por esa razón revocó la tutela de instancia, y en su lugar negó la protección de los derechos invocados.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia

1. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico planteado

2. De acuerdo con los hechos expuestos y las precisiones realizadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar (i) si las presentes acciones de tutela son formalmente procedentes para enjuiciar la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social en los ingresos pensionales, al mínimo vital e igualdad de los demandantes. En ese sentido, la Corte deberá establecer si en el caso concreto los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para estudiar la protección constitucional invocada, o si se advierte la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable. De encontrar procedente la acción, la Sala comprobará; (ii) si se vulneraron los derechos fundamentales de los demandantes al negarles el reconocimiento de la pensión de invalidez, por incumplir el requisito de cotización de las 50 semanas al sistema dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. En este sentido se deberá establecer si la decisión de las entidades accionadas es válida teniendo en cuenta que en todos los casos (i) la persona padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita y; (ii) que a pesar de su enfermedad, conservó su

capacidad laboral y continuó aportando al Sistema hasta la fecha del dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

3. Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala Novena de Revisión reiterará su jurisprudencia sobre (i) las condiciones constitucionales para la procedencia de la acción de tutela frente al reconocimiento de pensiones y; (ii) las reglas respecto al derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde debe determinarse la fecha real o material de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Posteriormente, (iv) aplicará estas reglas para solucionar el caso concreto.

Solución del problema jurídico

Los presupuestos procesales y sustanciales de la acción de tutela frente al reconocimiento de pensiones. Reiteración de jurisprudencia[1]

4. La Corte Constitucional ha indicado que por regla general la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Lo anterior por cuanto se espera que el interesado formule su pretensión en los escenarios procesales especialmente diseñados por el legislador para dirimir las controversias de esa naturaleza, es decir, ante la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa, según el caso. No obstante, con el objeto de armonizar el alcance de los principios de subsidiariedad de la acción de tutela, y efectividad de los derechos fundamentales, la Corporación ha precisado que en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.

5. Para este propósito, el Tribunal Constitucional ha estudiado dos situaciones distintas de procedibilidad: cuando la acción de tutela (i) se interpone como mecanismo principal o; (ii) se ejercita como medio de defensa transitorio, a efecto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Al respecto, en sentencia T-235 de 2010[2] la Corte señaló que para que la acción proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, estos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio

implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela[3]. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva.

6. Esta Corporación en sentencia T-721 de 2012[4] insistió en que la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo. Por eso, ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante. En esa dirección, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), la composición del núcleo familiar (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado de salud (condición de discapacidad, padecimiento de enfermedades importantes), las condiciones socioculturales (grado de formación escolar y potencial conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer) y las circunstancias económicas (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico, calidad de desempleo) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.

7. En sentido similar, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que si bien el derecho fundamental a la acción de tutela es predicable de todas las personas (Art. 86 C.P.), en aplicación del artículo 13 superior se debe tener en cuenta que si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, en condición de diversidad funcional, cabeza de familia, en situación de pobreza, etc.) o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza ostensiblemente, haciéndose menos exigente en razón de la tutela reforzada predicable de estos colectivos. Así, en sentencia T-1093 de 2012[5] la Sala Novena de Revisión señaló que “el análisis formal de procedibilidad, independientemente del escenario

en que se ejercite la acción de tutela, debe efectuarse en arreglo a las particularidades fácticas y normativas que rodean el asunto iusfundamental concreto. Asimismo, la Sala estima imprescindible tomar en consideración que el artículo 1 de la Constitución Política identifica al Estado colombiano como Social de Derecho. Este principio se proyecta de forma inmediata en los incisos 2 y 3 del artículo 13 superior, los cuales ordenan la superación de las desigualdades materiales existentes, la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas positivas en favor de grupos discriminados o marginados, y la salvaguarda reforzada de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Adicionalmente, el artículo 229 superior garantiza el derecho de toda persona a acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia. Debido a lo anotado en precedencia, cuando la acción de tutela es presentada por personas de especial protección constitucional, el juez debe: (i) efectuar el análisis de procedibilidad formal bajo criterios amplios o flexibles dada la tutela reforzada que la Carta concede en favor de estos colectivos y, (ii) tomar en cuenta que aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”.

8. Esta consideración resulta de la mayor relevancia en el escenario de la acción de tutela contra decisiones que han negado una garantía pensional, ya que los beneficiarios de este tipo de prestaciones son por regla general personas con determinados grados de vulnerabilidad en razón de su pérdida de capacidad laboral y el deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la tercera edad o de las enfermedades o accidentes sufridos, lo cual les impide realizar actividades económicas que reviertan en la posibilidad de asegurar los medios necesarios para la satisfacción de sus derechos fundamentales. En ese contexto, entonces, exigir idénticas cargas procesales a personas que soportan diferencias materiales relevantes, frente a quienes no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones.

9. En particular, en relación con los reclamos relativos al reconocimiento de pensiones de invalidez, la Sala Novena de Revisión en la citada Sentencia T-721 de 2012, recordó que la Corte ha instado a tener en cuenta un aspecto clave: el papel que cumple esta prestación

como mecanismo de compensación económica destinado a satisfacer las necesidades de quienes no pueden acceder a otra fuente de ingresos, tras haber sufrido una pérdida considerable de su capacidad laboral. En la misma decisión, la Sala señaló que las solicitudes de tutela encaminadas al reconocimiento de una pensión de invalidez, implican, de entrada, que esas peticiones son formuladas por personas en situación de vulnerabilidad, y que la negativa al reconocimiento pensional o la mora en el pago de las mesadas puede conducir a la profundización de su estado de fragilidad, así como a la infracción de otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, o el mínimo vital de los accionantes y su núcleo familiar.

11. En conclusión: (1) por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

12. De manera semejante, (2) la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales, debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo. Por eso, la jurisprudencia constitucional ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante y a las características del derecho pretendido. En ese orden, ha indicado que todas las personas son titulares del derecho fundamental a la acción de tutela, pero que, si se trata de sujetos de especial protección constitucional o que se ubican en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de los presupuestos procesales de la acción se flexibiliza ostensiblemente. La Sala precisa que en el estado actual de la jurisprudencia, la condición de vulnerabilidad no es suficiente para que la acción proceda mecánicamente. Lo que el juez debe tener en cuenta en estos casos es (i) que dentro del grupo de personas de especial protección se presentan niveles diferentes de vulnerabilidad que ameritan, a su vez, distintos grados de protección, por lo que para unos puede resultar desproporcionado el recurso a un medio judicial ordinario, mientras que para otros no; (ii)

que el estudio de los presupuestos procesales de la acción se inclina hacia la procedencia formal del amparo y; (iii) que la pensión está ligada a la satisfacción del mínimo vital y otros derechos fundamentales y, por ello, su definición en la jurisdicción constitucional puede resultar trascendental para evitar graves repercusiones a las que podría verse sometida una persona en situación vulnerable, si tuviera que resignar sus pretensiones al trámite de un proceso ordinario.

13. Finalmente, (3) la jurisprudencia de la Corte ha estimado necesario la acreditación de un grado mínimo de diligencia en la búsqueda administrativa del derecho presuntamente conculcado por parte del actor, la afectación de su mínimo vital como consecuencia de la negativa pensional, y una meridiana convicción sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado.

El derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Reiteración jurisprudencial[6].

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

15. En relación con la pensión de invalidez la legislación aplicable en cada caso concreto corresponde a la normatividad vigente al instante de estructuración de la invalidez. El régimen legal vigente actualmente para acceder a la pensión de invalidez se encuentra prescrito en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La norma dispone que tendrá derecho a la pensión de invalidez la persona que sea declarada inválida, por enfermedad o por accidente, y que “haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”[7] .

16. La disposición citada establece, como supuesto fáctico, que los 3 años anteriores para

completar las 50 semanas requeridas, se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado, que le es imposible seguir cotizando al Sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las entidades señaladas por la ley como competentes para el tema.[8]

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

18. Esta última situación es la que se presenta respecto a las personas con pérdida de capacidad laboral de forma paulatina y progresiva. Frente a estos casos esta Corporación ha evidenciado que las calificaciones de invalidez realizadas por las juntas u organismos competentes para elaborar estas experticias, se determinan generalmente con base en la fecha en la que se presentó el primer síntoma de la enfermedad, o en aquella que señala la historia clínica como de diagnóstico de la enfermedad. Empero, en este tipo de enfermedades dichas calificaciones no corresponden de manera cierta al momento en el que la persona pierde la capacidad laboral de manera permanente y definitiva, tal y como lo exige la normatividad que regula la pensión de invalidez.[9] En consecuencia se genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.[10]

19. Así las cosas, esta Corte ha reconocido en múltiples pronunciamientos, la especial protección que requieren las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, respecto de las cuales la imprecisión en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, afecta su derecho a la pensión de invalidez.[11]

20. En estas situaciones, como la enfermedad tiene efectos paulatinos y progresivos, la persona puede seguir con su actividad laboral con relativa normalidad, hasta que por su situación de salud le resulta imposible seguir laborando y en consecuencia continuar cotizando al sistema de seguridad social. De esta manera, la situación de la pérdida de la

capacidad laboral se torna fundamental, en tanto la persona adquiere derecho a la pensión de invalidez en razón de su imposibilidad para seguir trabajando y cotizando al sistema, evento en el cual, las Juntas de Calificación de Invalidez, al realizar un estudio técnico crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no puede seguir laborando.

21. El problema iusfundamental relevante surge cuando el dictamen técnico elaborado por la entidad competente, no corresponde a la situación médica real de la persona. Esta situación se presenta cuando la tarea de experticia técnica que corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez o a las demás entidades que señala la ley, establecen una fecha de estructuración en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional y por tanto sigue aportando al sistema. Tal evento cobija a las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas.[12]

22. Frente a la situación de las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la Corte ha venido delineando y ampliando la protección de sus derechos en particular en razón de la falencia que existe para determinar con certeza la pérdida real o material de su capacidad laboral.

23. Al respecto, esta Corporación, en la sentencia T-699A de 2007,[13] a propósito de una persona enferma de VIH-SIDA, la Sala Cuarta de Revisión señaló que “es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez”.

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

25. En esta misma línea, en un caso de similares condiciones fácticas, en la sentencia T-710 de 2009,[14] la Sala Primera de Revisión sostuvo que “(...) a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor (...), se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.”[15]

26. Posteriormente esta Corte además de reiterar estos planteamientos que inicialmente se habían sentado en los casos de personas afectadas por VIH-SIDA, decidió ampliar el precedente, al estudiar el caso de una persona afectada por una insuficiencia renal crónica terminal. En efecto, en la Sentencia T-163 de 2011, la Sala Primera de Revisión señaló que: “cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que

efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva -Decreto 917 de 1999-.[16] Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.

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

28. Posteriormente, el precedente constitucional fue reiterado por la sentencia T-671 de 2011, en un asunto en el que se discutía el reconocimiento de una pensión de invalidez de una afiliada de la tercera edad que sufría de “diabetes miellitus tipo 2, varicoso G iv recidivante y artrosis bilateral de hombro”. Señaló la Corte en dicho caso que se desconoció el derecho a la seguridad social de la accionante, ya que al resolver la petición pensional “tomó como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que se manifestó por primera vez la enfermedad de la agenciada”, ignorando que la demandante había realizado cotizaciones al sistema después de esa fecha. Por tal razón, la Sala tomó “el 27 de febrero de 2007 como fecha de estructuración de la invalidez, dado que este fue el día en que el galeno de medicina laboral del ISS la determinó,” en consecuencia concedió la tutela por encontrar que se cumplían los requisitos de cotización exigidos por la normatividad (artículo 1° de la ley 860 de 2003) para acceder a la pensión de invalidez.

29. En la sentencia T-885 de 2011, al estudiar nuevamente un caso de una persona con

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

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

(i) La Corte Constitucional ha evidenciado que existe un problema en la calificación técnica de la pérdida de la capacidad laboral de las personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en tanto los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva establecen como momento de estructuración de la invalidez un instante que no corresponde con certeza a la realidad médica y laboral de las personas evaluadas.[17]

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

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

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

32. Ante tales eventos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas beneficiarias de la pensión de invalidez, el juez constitucional deberá analizar en cada caso concreto, la causa y efecto de la afectación, para determinar las medidas a adoptar. En este sentido, el juez constitucional debe examinar cuidadosamente, si con base en los elementos materiales y probatorios allegados al proceso, se evidencian inconsistencias entre la fecha de estructuración de la invalidez del dictamen de calificación de la invalidez, y la situación real tanto medica como laboral del actor.[18]

33. Para la resolución de los casos en los que se evidencien falencias derivadas de los dictámenes de calificación de invalidez, tales como los descritos en asuntos de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, debe recordarse que si bien las aseguradoras del sistema general de seguridad social en pensiones están obligadas a respetar y acatar los dictámenes proferidos por la Junta de Calificación de Invalidez, en mérito de su carácter técnico-médico, dichos dictámenes pueden ser controvertidos ante los jueces de la República.[19] (Art. 11 y 40 Dcto. 2463/01)”

34. Por las anteriores razones el juez constitucional deberá evaluar bajo las condiciones específicas de cada asunto examinado, si la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que solicita la pensión de invalidez, proviene de las falencias del dictamen de

pérdida de la capacidad laboral, o si es producto de la negativa a reconocer la prestación pensional a la persona, pese a que cumple con los requisitos para acceder a la pensión solicitada.

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

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

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

38. Con base en las anteriores consideraciones es viable concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá 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.

Es decir, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe alcanzar un grado de determinación que refleje la situación médica y laboral real de la persona.[20]

39. En este último punto la Sala estima fundamental recordar el rol que cumplen los organismos que la ley ha señalado como competentes para realizar el estudio técnico y médico de la pérdida de la capacidad laboral. Dichas entidades cumplen un papel de importancia capital, en tanto determinan a través de sus dictámenes un elemento esencial para el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva. Esta labor de gran responsabilidad iusfundamental debe cumplir con todas las rigurosidades y consideraciones de orden técnico, fáctico y probatorio para que la emisión del dictamen permita posteriormente establecer si el sujeto que se examina cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.[21]

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

Los casos en concreto

41. Para la resolución de los casos en concreto se analizará la procedibilidad de las acciones de tutela y, posteriormente verificará el cumplimiento de los requisitos previstos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, a la luz de la normatividad aplicable y las reglas sentadas por la jurisprudencia constitucional.

Procedibilidad de las acciones de tutela

42. En el presente caso las acciones de tutela resultan formalmente procedentes atendiendo al estado de profunda vulnerabilidad padecido por los accionantes, quienes han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral superior a 50%, aspecto que denota sus difíciles condiciones de salud y de posibilidad de autosostenimiento económico. Estos

elementos son suficientes para concluir que los medios ordinarios de defensa judicial son ineficaces en el caso concreto, en razón de las complejas condiciones de existencia de los demandantes.

Estudio de procedencia. Análisis del cumplimiento de los requisitos para la pensión de invalidez

43. Una vez vista la procedencia de las acciones de tutela, esta Sala abordará el análisis de cada caso, con el fin de verificar si los accionantes cumplen con los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, de acuerdo a la normatividad aplicable al momento de estructuración de la invalidez.

44. Al respecto, en los fundamentos normativos de esta sentencia se precisó que la ley aplicable a un afiliado que reclama una pensión de invalidez es la vigente al momento de estructuración de la discapacidad, y solo en determinados eventos es posible aplicar normas distintas, por ejemplo, en virtud del principio de la condición más beneficiosa al asegurado o beneficiario de la seguridad social.

45. En relación con el requisito de densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez, no es procedente el cómputo de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Lo que prescribe la jurisprudencia constitucional, es que existen eventos en que el dictamen emitido por la junta de calificación se aparta de la realidad, razón por la que el juez de tutela, con fundamento en los elementos probatorios del asunto, debe evaluar si es determinable la fecha material o real de configuración de la invalidez, para consecuentemente realizar el cálculo de las semanas cotizadas con base en esa data. Esto sucede, entre otras posibilidades, cuando los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral establecen como momento de estructuración aquel en que aparece el primer síntoma de la enfermedad (o el que se señala en la historia clínica como el instante en que se diagnosticó la patología), sin tener en cuenta que el afiliado habría podido mantener una relación laboral o una actividad productiva en fecha posterior, con base en la que aportó al seguro de invalidez por no haber perdido su capacidad de trabajo de manera permanente y definitiva.

Expediente T-3421363 (José Francisco Restrepo contra el ISS en liquidación y Colpensiones)

46. El señor José Francisco Restrepo padece hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo 2, enfermedades que condujeron a la amputación de su pierna derecha. En dictamen del 13 de octubre de 2010 el área de medicina laboral del ISS determinó una pérdida de capacidad laboral del 61.96%, de origen común, con fecha de estructuración de la invalidez el 31 de octubre de 2009.

47. Sin embargo la Sala evidencia que esta fecha, a pesar de lo que señala el dictamen, no representaría el momento en que el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como exige el Decreto 917 de 1999. Por el contrario, en el expediente obra prueba de que el actor cotizó con posterioridad al 31 de octubre de 2009, aspecto que denotaría que aun contaba con posibilidad de continuar laborando. Por tal razón en este caso se tomará como fecha de consolidación de la invalidez la correspondiente a la del día del dictamen (13 de octubre de 2010), en virtud de las consideraciones expuestas al referir el precedente constitucional sobre la materia, y dadas las especiales condiciones de salud del peticionario, quien posee una enfermedad de deterioro degenerativo, y en observancia al hecho de que continuó cotizando al Sistema, a pesar de su enfermedad.

49. Por lo tanto, la Sala concluye que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales del señor José Francisco Restrepo Velásquez al negar el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez, y por consiguiente, revocará la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, que confirmó la sentencia denegatoria de tutela dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, y en su lugar amparará los derechos fundamentales del accionante, con fundamento en las razones expuestas en esta providencia, y en aplicación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez dispuestos por la Ley 860 de 2003.

50. Asimismo, la Corte aplicará el contenido del Auto 110 de 2013 al presente caso, pues la resolución que negó la prestación del actor fue dictada por el ISS en liquidación. En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el accionante hace parte del Grupo de Prioridad Uno al contar con una pérdida de capacidad laboral igual o superior a 50%, y que consultada la página web del ISS se aprecia que dicha entidad remitió la carpeta prestacional a Colpensiones el 01 de agosto de 2013, la Corte ordenará a esta última que dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de esta sentencia, reconozca y pague

la pensión de invalidez del demandante.

Expediente T-3433521 (Elkin Ariel Cortés Chíquiza contra el ISS en liquidación y Colpensiones)

51. Se aprecia en este caso que el señor Elkin Ariel Cortés Chíquiza sufrió un accidente de tránsito que le ha originado una pérdida de capacidad laboral del 72.55%, motivo por el que cumple con el primer requisito de la pensión de invalidez, es decir tener una disminución superior al 50%.

52. Sin embargo, en el expediente se comprueba que con anterioridad al 23 de febrero de 2008, fecha de estructuración de la invalidez que padece el actor, tan sólo cotizó 48 semanas en los tres años inmediatamente anteriores, incumpliendo de esta forma el segundo requisito para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Igualmente, no se pudo determinar una fecha de pérdida de la capacidad laboral permanente y definitiva diferente a la establecida el 29 de agosto de 2008 por la Sección de Medicina Laboral del ISS, pues la invalidez del accionante no tiene origen en una enfermedad de carácter progresivo, sino en un accidente en el que la discapacidad se causa de manera instantánea, por lo que no es posible computar semanas cotizadas con posterioridad al hecho invalidante (las que en todo caso no se cotizaron por el actor).

53. Igualmente, aunque la apoderada judicial del demandante asegura que este tiene cotizadas 85 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la consolidación de la invalidez, es necesario precisar que el cómputo que efectúa no es apropiado, ya que los días aportados se deben dividir en 7 días que tiene una semana, y no en 4 semanas como lo expresa la representante judicial del peticionario. De modo semejante, no se advierte que la realización de cotizaciones en vigencia de regímenes jurídicos pensionales distintos hubiere configurado una expectativa legítima que hiciera aplicable la figura de la condición más beneficiosa al afiliado o beneficiario de la seguridad social en pensiones.

54. En conclusión, no existe meridiana convicción sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado, por lo que la Sala negará la protección solicitada en tanto no se satisface el presupuesto material de procedencia de la acción de tutela contra decisiones que negaron el reconocimiento de una pensión. Lo expuesto sin perjuicio de la posibilidad que tiene el actor de acudir ante la justicia ordinaria laboral para

controvertir la decisión que le negó su solicitud de pensión.

55. Por las anteriores razones esta Sala revocará la sentencia del 14 de marzo de 2012 dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto confirmó la sentencia proferida el 14 de febrero de 2012 por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá que declaró la improcedencia del amparo, y en su lugar, negará la tutela solicitada.

Expediente T-3783741 (Edward Jaramillo Moncada contra AFP Porvenir S.A.)

56. Se aprecia en este caso que el señor Edward Jaramillo Moncada padece “trastorno mixto de ansiedad y depresión”, “ceguera de un ojo – visión subnormal del otro”, “hipoacusia conductiva – unilateral con audición irrestrictiva contralateral” y “fracturas múltiples de costilla” que le han originado una pérdida de la capacidad laboral del 56.81%, motivo por el que cumple con el primer requisito de la pensión de invalidez, es decir tener una disminución superior al 50%.

57. Sin embargo, en el expediente se comprueba que con anterioridad al 16 de septiembre de 2010, fecha de estructuración de la enfermedad que padece, tan sólo cotizó 41.86 semanas en los tres años inmediatamente anteriores, incumpliendo de esta forma el segundo requisito para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Igualmente, no se pudo determinar una fecha de pérdida de la capacidad laboral permanente y definitiva diferente a la establecida el 30 de abril de 2012 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues con posterioridad al 16 de septiembre de 2010 únicamente cotizó un día, de acuerdo a lo acreditado por la AFP accionada[22]. De modo semejante, no se advierte que la realización de cotizaciones en vigencia de regímenes jurídicos pensionales distintos hubiere configurado una expectativa legítima que hiciera aplicable la figura de la condición más beneficiosa al afiliado o beneficiario de la seguridad social en pensiones.

58. En conclusión, no existe meridiana convicción sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado, por lo que la Sala negará la protección solicitada en tanto no se satisface el presupuesto material de procedencia de la acción de tutela contra decisiones que negaron el reconocimiento de una pensión. Lo expuesto sin perjuicio de la posibilidad que tiene el solicitante de acudir ante la justicia ordinaria laboral para controvertir la decisión que le negó su solicitud de pensión.

59. Por las anteriores razones esta Sala confirmará la sentencia del 11 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, que negó la tutela de los derechos fundamentales del actor en única instancia.

Expediente T-3791528 (Sandra Patricia Espitia Bedoya contra AFP Protección S.A.)

60. La señora Sandra Patricia Espitia Bedoya padece “trastornos especificados de los discos intervertebrales”. En dictamen del 28 de abril de 2011 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.25%, de origen común, con fecha de estructuración de la invalidez el 01 de marzo de 2007.

61. Sin embargo la Sala evidencia que esta fecha, a pesar de lo que señala el dictamen, no representaría el momento en que la accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como exige el Decreto 917 de 1999. Por el contrario, con base en una relación laboral la demandante siguió cotizando con posterioridad a la fecha dictaminada; por tal razón en este caso se tomará como fecha de consolidación de la invalidez la correspondiente a la del día del dictamen (28 de abril de 2011), en virtud de las consideraciones expuestas al referir el precedente constitucional sobre la materia, dadas las especiales condiciones de salud de la peticionaria, quien posee una enfermedad crónica de deterioro degenerativo, y en observancia al hecho de que ella continuó cotizando al Sistema, a pesar de los síntomas de su enfermedad.

62. En consecuencia, los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tiempo en el que la peticionaria debió cotizar 50 semanas al Sistema según lo dispone el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, deben ser contados entre el 28 de abril de 2011 (fecha real de su pérdida de capacidad laboral de forma permanente y definitiva), y el 28 de abril 2008. En este período, la Sala encontró probado con base en el acervo obrante en el expediente, que la accionante cotizó al Sistema más de 50 semanas (fl. 22 Cdo. 1), es decir, superó las semanas mínimas para acceder a la pensión.

63. Por lo tanto, la Sala concluye que la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales de la señora Sandra Patricia Espitia Bedoya al negar el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez, y por consiguiente, revocará la sentencia del 11 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, en

cuanto revocó la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2012 por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá que concedió el amparo, y en su lugar, concederá la tutela solicitada, pero con fundamento en las razones expuestas en esta providencia, y en aplicación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez dispuestos por la Ley 860 de 2003.

64. En consecuencia, al encontrar probado que la actora cumple con los requisitos para obtener la pensión de invalidez, esta Sala ordenará a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la demandante, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos ordenada en el presente trámite de revisión.

Segundo.- Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 15 de febrero de 2012 en segunda instancia, en tanto confirmó la sentencia denegatoria de tutela dictada el 15 de diciembre de 2011 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira en primera instancia y, en su lugar, conceder la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social en los ingresos pensionales y al mínimo vital del señor José Francisco Restrepo (T-3421363).

Tercero.- Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la comunicación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor José Francisco Restrepo (C.C. 10.074.604), de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de marzo de 2012 en segunda instancia, en tanto confirmó la sentencia del 14 de febrero de 2012 que declaró la improcedencia de la acción de tutela, dictada por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá en primera instancia y, en su lugar, negar la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social en los ingresos pensionales y al mínimo vital del señor Elkin Ariel Cortés Chíquiza (T-3433521).

Quinto.- Confirmar la sentencia proferida en única instancia el 11 de diciembre de 2012 por el Juzgado Quinto Penal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cali, en tanto negó la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social en los ingresos pensionales y al mínimo vital del señor Edward Jaramillo Moncada (T-3783741).

Sexto.- Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá el 11 de diciembre de 2012 en segunda instancia, y en su lugar, confirmar la sentencia dictada el 12 de septiembre de 2012 por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá en primera instancia, en tanto concedió la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social en los ingresos pensionales y al mínimo vital de la señora Sandra Patricia Espitia Bedoya (T-3791528), pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo.- Ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a que tiene derecho la señora Sandra Patricia Espitia Bedoya (C.C. 30.327.016), de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Octavo.- Ordenar que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

[1] Por tratarse de una reiteración jurisprudencial, en este aparte la Sala reproducirá la jurisprudencia sobre la materia, trazada en sentencia T-142/13 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

[2] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[3] Sobre la figura del perjuicio irremediable y sus características, la Corte, en sentencia T-786/08 (M.P. Manuel José Cepeda) expresó: “Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (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.”. En un sentido semejante pueden consultarse las sentencias T-225/93 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), SU-544/01 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-1316/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-983/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), entre otras.

[4] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[5] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[6] Por tratarse de una reiteración jurisprudencial, en este aparte la Sala reproducirá la jurisprudencia sobre la materia, trazada en sentencia T-1013/12 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

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

[8] Ley 100 de 1993, artículo 41 Calificación del estado de invalidez. (Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012). (...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (...)

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

derivadas de la invalidez”.

[10] Sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle.

[11] Ver las Sentencias T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-710 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

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

[13] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[14] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

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

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

[18] Sentencia T-163 de 2011, M.P. María Victoria Calle.

[19] Decreto 2463 de 2001, artículos 11 y 40.

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

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

[22] En comunicación allegada el 24 de junio de 2013 por la AFP Porvenir S.A. ante requerimiento de la Corte, su representante judicial señaló lo siguiente “El accionante radicó solicitud de pensión de invalidez el 28 de julio de 2012, la cual fue definida mediante comunicado de fecha 17 de septiembre de 2012, procediendo con su rechazo por cuanto el accionante no acreditó 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. ||Es de resaltar que el 27 de diciembre de 2012 el accionante autorizó a esta Administradora le fuera devuelto el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, por lo cual se procedió de conformidad con la devolución solicitada el 11 de enero de 2013, por un valor de \$8.236.549. (...) El accionante cotizó a esta Administradora un total de 240 semanas.||El accionante cotizó en el Seguro Social un total de 16.43 semanas, antes de su primer traslado de régimen.||El accionante solamente realizó aportes por un día posteriormente a la fecha de estructuración de la invalidez (...)|| El accionante cotizó 41.86 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez”.