

Sentencia T-726/11

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DICTAMEN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Reiteración de jurisprudencia

ACCION DE TUTELA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Procedencia excepcional

DEBIDO PROCESO EN TRAMITE ANTE JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Reiteración de jurisprudencia

JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-Creación legal e importancia de sus dictámenes

DERECHO DE PETICION EN MATERIA PENSIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DEBIDO PROCESO-Vulneración ya que en dictamen de pérdida de capacidad laboral no existe motivación técnico científica en la fecha de estructuración de la invalidez

FECHA DE ESTRUCTURACION DE INVALIDEZ POR PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Se deben tener en cuenta historia clínica y exámenes médicos

DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA-Revisión de dictamen de pérdida de capacidad laboral por Junta Nacional de Calificación de Invalidez

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ POR ENFERMEDAD COMUN O ACCIDENTE-Declaración de inexequibilidad en sentencia C-428/09

PENSION DE INVALIDEZ DE DESPLAZADO CON ENFERMEDAD VISUAL DEGENERATIVA-Estudio de solicitud pensional según fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral

Referencia: expediente T-3.069.964

Demandantes: Raúl Castro Bernal

Demandados:

Ministerio de la Protección Social, Porvenir S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil once (2011)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido el 5 de abril de 2011, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el que se confirmó el fallo dictado el 23 de febrero de 2010, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Raúl Castro Bernal contra el Ministerio de la Protección Social, la AFP Porvenir S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

I. ANTECEDENTES

1.- La solicitud

El señor Raúl Castro Bernal presentó acción de tutela para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales de petición, salud, mínimo vital, vida digna y debido proceso. En consecuencia, solicitó que se ordene al Ministerio de la Protección Social que le reconozca un subsidio equivalente a las 50 semanas exigidas por la Ley 860 de 2003 para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a la que estima tiene derecho y que ha sido negada por la AFP Porvenir S.A., por no cumplir el tiempo de cotización y el requisito de fidelidad.

2.- Fundamentos de la acción

2.1. Reseña fáctica de la demanda

El señor Raúl Castro Bernal solicita la tutela de sus derechos fundamentales de acuerdo con los hechos que son resumidos a continuación:

* Cuenta con 58 años de edad, durante su vida laboral cotizó de manera interrumpida al régimen de seguridad social, se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A., desde el 3 de enero de 1999 y en su relación histórica de movimientos (desde febrero de 1999 hasta septiembre de 2010) se acredita que actualmente tiene un saldo de \$20'164.327 de pesos.

* En el mes de junio de 1999, el médico tratante de OPTISALUD le dictaminó pérdida total de la visión del ojo derecho. En el mes de agosto de 2002, le ordenó el trasplante de córnea del ojo izquierdo, sin embargo, por falta de donante, se optó por usar un lente de contacto que fue retirado en el mes de agosto de 2006.

* Aunado a esta precaria situación de salud visual que le impide trabajar, el 27 de diciembre de 2008, fue víctima de desplazamiento por la violencia del municipio de Neiva (Huila) hasta la ciudad de Bogotá D.C. Afirma encontrarse debidamente inscrito en el Registro Único de Desplazados desde el 14 de abril de 2009.

* Actualmente recibe la atención en salud a través de la entidad Salud Total EPS-S perteneciente a la red pública de la Secretaría de Salud de Bogotá, según clasificación: SISBEN nivel 0-1, no copago, discapacitado nivel 0.

* A través del radicado No. 23549 de 2009, solicitó su pensión de invalidez ante la AFP Porvenir S.A., el cual lo remitió a la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., entidad con la que tiene contratado el correspondiente seguro, para que procediera a establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración y el origen de la misma.

* El 22 de septiembre de 2009, según oficio #39242, el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros Alfa S.A., le determinó una pérdida de capacidad laboral en un 52,38%, de origen común y con fecha de estructuración del 16 de mayo de 2009.

Además, le indicó al demandante que una vez quedara en firme el dictamen, podría iniciar el trámite de pensión de invalidez, previo análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para el efecto.

* Posteriormente, el 20 de noviembre de 2009, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá aumentó la calificación al 56,40% de pérdida de la capacidad laboral, manteniendo el origen común y la fecha de estructuración de la misma.

* El 9 de junio de 2010, la AFP Porvenir S.A. le informó que el dictamen emitido por la Junta Regional se encontraba surtiendo el trámite de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

* El 7 de julio de 2010, el Director Jurídico de Prestaciones de la AFP Porvenir S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por riesgo común, al considerar que el actor no cumple con el requisito de haber aportado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y con el de fidelidad al sistema, establecidos en la Ley 860 de 2003.

* Por la situación expuesta, el 7 de enero de 2011, elevó petición ante el Ministerio de la Protección Social para que le fuera otorgado un subsidio económico equivalente al valor de 50 semanas de cotización, con retroactividad al 16 de mayo de 2009, fecha de estructuración de su invalidez. Indicó que a la fecha de interposición de la acción de tutela no había recibido respuesta.

* Para el accionante, la violación de sus derechos se da por cuanto Porvenir S.A. le exige los requisitos estipulados en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 a fin de establecer si tiene derecho a la prestación que reclama. En su concepto, esa aplicación de tal disposición desconoce la norma superior, consagratoria del principio de progresividad en materia de seguridad social. Además, solicita la revisión del dictamen por no haberse tenido en cuenta su historia clínica desde el origen de su condición médica en el año 1999.

* Manifiesta que en virtud de que el Ministerio de la Protección Social administra el Fondo de Solidaridad Pensional, cuyos recursos son destinados, en parte, al otorgamiento del subsidio económico deprecado por personas que por encontrarse en situación de extrema pobreza, no alcanzan a cotizar las semanas mínimas requeridas por la ley para acceder a la pensión de invalidez, es obligatorio para esa cartera ministerial brindarle la solidaridad pregonada por la Ley 100 de 1993, pues la ceguera que padece le impide trabajar, aún más si se tiene en cuenta que, cuando fue laboralmente activo, hizo los aportes legales a dicho fondo.

2.2. Pretensiones de la demanda

El 16 de febrero de 2011, el señor Raúl Castro Bernal presentó acción de tutela para que le fueran amparados sus derechos de petición, salud, mínimo vital, vida digna y debido proceso y, como consecuencia de ello, solicitó que se ordene, como mecanismo transitorio: (i) al Ministerio de la Protección Social, el pago del subsidio correspondiente a 50 semanas de cotización al fondo de pensiones Porvenir S.A., con retroactividad al 15 de mayo de 1999, para así poder acceder al reconocimiento de su pensión de invalidez y (ii) a la Junta Nacional de Invalidez, la revisión del dictamen emitido por la Junta Regional, en la que se tenga en cuenta su historia clínica desde 1999.

2.3. Documentos relevantes cuyas copias obran en el expediente

- * Cédula de Ciudadanía del señor Raúl Castro Bernal (folio 7).
- * Certificaciones de los estudios adelantados por el señor Raúl Castro Bernal (folios 17 y 18).
- * Oficio No. 3808576 del 24 de junio de 2009, mediante el cual la Coordinadora UAO, Ciudad Bolívar, comunica que el señor Raúl Castro Bernal se encuentra incluido en el Sistema Único de Registro de Población Desplazada de Acción Social (folio 15).
- * Oficio No. 39242, del 22 de septiembre de 2009, emitido por Seguros de Vida Alfa S.A., mediante el cual le notifican la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (folios 12 al 14).
- * Dictamen de la Junta Regional de Invalidez del 20 de noviembre de 2009 (folios 8 al 11).
- * Escrito de petición de historia clínica elevada ante la entidad Optisalud con fecha 17 de abril de 2009 (folios 18 y 19).
- * Historia Clínica No. H0005646 del señor Raúl Castro Bernal (folios 20 al 23).
- * Oficio del 12 de febrero de 2010, mediante el cual Porvenir S.A. le informa que no puede cambiar el dictamen del 20 de noviembre de 2009, proferido por la Junta Regional de

Calificación de Invalidez (folio 24).

* Oficio del 9 de junio de 2010, mediante el cual Porvenir S.A. le informa que el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez se encuentra surtiendo el trámite de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folio 25).

* Oficio del 7 de julio de 2010, mediante el cual Porvenir S.A. rechaza la solicitud pensional del actor por no contar con los requisitos de semanas y fidelidad al Sistema General de Pensiones (folio 26).

* Escrito de petición elevado ante el Ministerio de la Protección Social con fecha de recibido de 7 de enero de 2011 (folios 5 y 6).

3.- Respuesta de los entes accionados

El 17 de febrero de 2011, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá admitió la demanda de tutela contra el Ministerio de la Protección Social, así mismo, ordenó vincular a la AFP Porvenir S.A. y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. De igual forma, ofició a las accionadas para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones objeto de esta acción.

3.1. Porvenir S.A.

El Director Jurídico de Procesos de la sociedad AFP Porvenir S.A. solicitó denegar o declarar improcedente la presente acción de tutela, basándose en los siguientes fundamentos: (i) no hay vulneración ni amenaza de derechos fundamentales, toda vez que el accionante no cumple con el requisito de cobertura (haber cotizado 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez); (ii) no es posible, en virtud del principio de favorabilidad, aplicar normatividad que ha perdido vigencia; (iii) no debe desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela, ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y (iv) ausencia de prueba que demuestre un perjuicio irremediable.

Adjuntó la relación histórica de movimientos del señor Raúl Castro Bernal, a partir de la fecha de afiliación el 3 de enero de 1999. En ella se evidenció la realización de aportes como dependiente para los periodos de marzo de 1999 hasta octubre de 1999 y como

independiente, para los periodos de agosto de 2003 hasta diciembre de 2003 y junio de 2004, para un saldo total de \$20'164.327 millones de pesos.

3.2. Ministerio de la Protección Social

En cuanto a la solicitud de otorgar un subsidio equivalente a 50 semanas de cotización al sistema de pensiones, de manera retroactiva al 15 de mayo de 2009, manifestó que la normatividad vigente no lo permite, tal como se le explicó al peticionario en comunicación del 18 de febrero de 2011. Al respecto, señaló que el Fondo de Solidaridad Pensional es una cuenta especial de la Nación, constituido por las subcuentas denominadas: “De subsistencia” (subsidios económicos a las personas de la tercera edad, en estado de indigencia o pobreza extrema) y “De solidaridad” (subsidios económicos al aporte al Sistema General de Pensiones). Para acceder al programa subsidiado de aporte a la pensión, las personas interesadas deben acreditar los requisitos establecidos en el artículo 13 del Decreto 3771 de 2007¹.

Explicó que, actualmente, todos los fondos de pensiones que administran el régimen de ahorro individual con solidaridad son sociedades anónimas, por lo que no pueden administrar el programa subsidiado de aporte a la pensión, por disposición legal²; en consecuencia, todos los beneficiarios deben ser afiliados al Instituto de Seguros Sociales. Informa, además, que el subsidio que se otorga es de naturaleza temporal y parcial y no podrá efectuarse de manera retroactiva, toda vez que surte efecto a partir del primer día del mes siguiente al otorgamiento³.

3.3. Junta Nacional de Calificación de Invalidez

Los secretarios principales de las Salas de Decisión No. 1 y 2, actuando en condición de representantes legales de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, manifestaron que se procedió a revisar en el archivo, así como en la lista de expedientes enviados de las regionales y de los juzgados, sin encontrar radicado hasta la fecha caso alguno referente al señor Raúl Castro Bernal. En efecto, indicaron que:

“Hasta la fecha, ninguna Junta Regional de calificación de Invalidez ha remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez ningún expediente del caso de Raúl Castro Bernal C.C.12.104.325 para que esta entidad emita dictamen que resuelva recurso de apelación en

trámite, razón por la cual esta entidad desconoce los trámites que se hayan realizado en el caso del accionante ya sea por la calificación de sus patologías o por el trámite para acceder a una pensión de invalidez”.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1.- Decisión de primera instancia

En sentencia del 23 de febrero de 2011, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Bogotá negó el amparo solicitado por el señor Raúl Castro Bernal, por considerar que no le asiste derecho a la pensión de invalidez por no haber efectuado ningún tipo de aporte dentro del trienio inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la enfermedad.

2.- Impugnación

El accionante, de manera oportuna, presentó impugnación del fallo reiterando que, en su situación de miembro de la población desplazada, tiene derecho a que le sea aplicada la Ley 1250 de 2008, según la cual las personas en estado de extrema pobreza no están obligadas a cotizar para pensión.

3.- Decisión de segunda instancia

En sentencia del 5 de abril de 2011, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia, por considerar que se configuró el fenómeno jurídico denominado hecho superado, en cuanto al reclamo constitucional por vulneración del derecho de petición, toda vez que obra en el expediente la respuesta del Ministerio de la Protección Social, dirigida al actor, con fecha del 18 de febrero de 2011.

En lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de invalidez, considera improcedente la presente acción de tutela debido a la existencia de otros medios judiciales de defensa.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DECISIÓN

1.- Competencia

Para resolver el presente asunto, antes del análisis del caso concreto, la Corte reiterará la regla general de subsidiariedad de la acción de tutela, en virtud de la cual esta resulta

improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial previstos por el legislador para la protección de los derechos presuntamente conculcados.

2.- Cuestión preliminar

2.1. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela y sus excepciones en materia de dictámenes de pérdida de la capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación⁴, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial de carácter subsidiario, para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Esta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otro medio idóneo y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. En concordancia con ese criterio, este Tribunal⁵ también ha definido que la acción de tutela no procede, en principio, para cuestionar los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez.

La razón para ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el artículo 86 de la Constitución⁶, pues existe un escenario judicial concreto para resolver los conflictos que surjan a propósito de expedición de los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social según los artículos 11 y 40 del Decreto 2463 de 2001 “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”⁷.

Como corolario de lo anterior, las disposiciones antes mencionadas concluyen que “los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos”, por lo que no pueden ser demandados ante la justicia contencioso administrativa sino ante la jurisdicción laboral ordinaria precisamente por su gran incidencia en el reconocimiento de las prestaciones por invalidez del sistema de seguridad social.

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la

protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela procederá como mecanismo definitivo o transitorio, según el análisis realizado por el juez de tutela atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante⁸.

2.2. Procedibilidad de la acción de tutela en el caso concreto

El artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, como ya se señaló, la acción de tutela no procede, en principio, para atacar los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral pues existe para ello un escenario judicial concreto (la jurisdicción ordinaria laboral).

Observa la Sala que el señor Castro Bernal aún cuenta con el mecanismo judicial ordinario. No obstante, a juicio de la Sala de Revisión, resulta innegable que, por su edad (58 años), estado de salud, situación económica y la condición de desplazado que aduce, el mecanismo judicial referido no aparece como adecuado y la tutela de la referencia es procedente de forma definitiva.

Para el juez constitucional no pueden pasar por alto las difíciles circunstancias económicas y de salud por las que ha estado atravesando el señor Raúl Castro Bernal, sujeto de especial protección en razón de su invalidez física y su condición de desplazado. Como está probado en el expediente, sufre desde hace varios años de una patología visual degenerativa en ambos ojos que le impide realizar sus actividades habituales⁹ lo que lo ha llevado a un estado de invalidez (su porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 56,40%), producto del cual, en la actualidad, requiere de ayuda de terceros para su movilidad¹⁰. Además, aduce el accionante que debido a su situación de desplazado, él y su núcleo familiar carecen de recursos económicos propios que les permitan atender sus necesidades básicas¹¹.

Adicionalmente, ya se demostró que la jurisprudencia constitucional ha indicado que en este tipo de casos los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela deben ser analizados de manera menos estricta por cuanto se encuentran involucrados los derechos fundamentales de personas en situación de debilidad manifiesta por su discapacidad física o psíquica, lo que se justifica “en virtud del deber positivo en cabeza del Estado y sus diferentes organismos de tomar las medidas necesarias y favorables para que las personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás (...). En efecto, la Constitución Política impone al Estado la obligación de ejercer un trato diferente respecto de estas personas a fin de garantizar, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Así mismo, del contenido del artículo 13 Superior se deriva la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y, el deber de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”¹².

Cabe recordar que el objetivo de la presente acción es lograr que la expedición de un dictamen de pérdida de capacidad laboral respete específicas directrices relacionadas con el debido proceso. En el caso presente no se busca que el juez de tutela modifique el dictamen sino que ordene a la junta de calificación expedir uno nuevo con observancia del debido proceso, en particular, con una motivación científica susceptible de ser controvertida ante la justicia laboral¹³.

Superadas las cuestiones acerca de la procedibilidad, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional continúa con el estudio del presente caso.

3.- Problema jurídico

3.1. En atención a lo expuesto, la Sala advierte que el primer problema jurídico a resolver estriba en analizar si el Ministerio de la Protección Social violó el derecho fundamental de petición del señor Castro Bernal debido a que, hasta el momento de la presentación de la tutela (16 de febrero de 2011), no había resuelto la solicitud de petición de información y de otorgamiento de subsidio elevada el siete (7) de enero de 2011.

El segundo problema jurídico que la Sala deberá abordar consiste en determinar si existió vulneración del derecho fundamental al debido proceso de Raúl Castro Bernal en los trámites

seguidos ante las juntas de calificación de invalidez. Específicamente, se estudiará si la fijación de la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral el quince (15) de mayo de 2009 se dio con supuesto desconocimiento de su historia clínica y ausencia de motivación; atendiendo que la razón por la cual la AFP Porvenir S.A. se negó a reconocerle al señor Castro la pensión de invalidez se basó, precisamente, en la normatividad aplicable a dicha fecha contenida en el dictamen de la Junta Regional, el cual no fue revisado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

3.2. A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará entonces sobre los siguientes tópicos: (i) el debido proceso en los trámites seguidos ante las juntas de calificación de invalidez, (ii) el derecho de petición en materia pensional y (iii) el caso concreto.

4.- El debido proceso en los trámites seguidos ante las juntas de calificación de invalidez.
Reiteración de jurisprudencia

4.1. Según ha precisado esta Corte, las Juntas de Calificación de Invalidez, pueden ser sujetos de la acción de tutela¹⁴, pues “son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares”. Además, “su estructura general está determinada por la ley, lo que indica que no es la iniciativa privada la que señala su composición interna”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2463 de 2001, las juntas de calificación de invalidez son “organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica (...)”, cuyos integrantes, designados por el Ministerio de Protección Social, “no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente decreto”. Al respecto, la Sala Plena ha precisado, en sede de constitucionalidad, que las juntas de calificación de invalidez “(...) son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares”¹⁵.

Las juntas de calificación de invalidez tienen por objeto realizar, mediante un dictamen, la evaluación técnico-científica del grado de pérdida de la capacidad laboral, del origen de la invalidez y de su fecha de estructuración, la cual sirve como fundamento para que las

entidades correspondientes decidan respecto del reconocimiento de las pensiones de invalidez. En la providencia referida a priori se determinó que:

“la importancia de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez radica en que sus decisiones constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión” (negrilla fuera del texto original).

4.2. En cuanto al procedimiento que rige la forma como deben adoptar sus decisiones, éste se encuentra contenido en los artículos 38 a 43 de la Ley 100 de 1993, desarrollados por el Decreto 917 de 1999 -que corresponde al Manual Único para la Calificación de la Invalidez- y por el Decreto 2463 de 2001 -por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez-.

El cumplimiento de las normas mencionadas por parte de las juntas de calificación de invalidez, las cuales cumplen funciones públicas relacionadas con el derecho fundamental a la seguridad social, ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como parte integrante del derecho fundamental al debido proceso de las personas que están surtiendo ante aquellas los trámites para la calificación de su invalidez¹⁶.

De manera general, esta Corte ha indicado que los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez “debe ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión”¹⁷, lo que guarda plena correspondencia con el artículo 31 del Decreto 2463 de 2001 que prescribe que éstos “deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”.

Concretamente, “al revisar estas preceptivas, [la jurisprudencia constitucional ha destacado] la aplicación de las siguientes reglas básicas en la actuación de las juntas de calificación de invalidez, a saber:

i) La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización. Al efecto, a tal solicitud se debe allegar el certificado correspondiente (art. 9° del Decreto 917 de 1999 y arts. 23 y 25-3 del Decreto 2463 de 2001).

ii) Valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina o se revisa, para lo cual las juntas deben proceder a realizar el examen físico correspondiente antes de elaborar y sustanciar la respectiva ponencia (art. 28 *ibid.*)”¹⁸.

También ha recalcado que:

(iii) “Los dictámenes que emitan las juntas de calificación, deben contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión [según el artículo 9° del decreto 2463 de 2001 que] (...) indica que los fundamentos de hechos son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio y que los fundamentos de derecho son todas las normas que se aplican al caso de que se trate”¹⁹.

(iv) “A las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez les corresponde [de conformidad con el artículo 14 Decreto 2463 de 2001] (...) emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos y/o laborales; Ordenar la presentación personal del afiliado, del pensionado por invalidez o del aspirante a beneficiario por discapacidad o invalidez, para la evaluación correspondiente o delegar en uno de sus miembros la práctica de la evaluación o examen físico, cuando sea necesario; Solicitar a las entidades promotoras de salud, a las administradoras de riesgos profesionales y a las administradoras de fondos de pensiones vinculados con el caso objeto de estudio, así como a los empleadores y a las instituciones prestadoras de los servicios de salud que hayan atendido al afiliado, al pensionado o al beneficiario, los antecedentes e informes que consideren necesarios para la adecuada

calificación”²⁰.

4.3. Con base en la línea jurisprudencial reseñada, en varias oportunidades distintas las Salas de Revisión han detectado violaciones del derecho al debido proceso por parte de las juntas de calificación de invalidez.

En la sentencia T-859 de 2004²¹, la Sala Novena de Revisión cuestionó la fecha de la estructuración de la invalidez establecida por una junta de calificación por haber sido determinada sin tener en cuenta las pruebas. Dijo:

“no tiene sentido establecer como fecha de estructuración de la invalidez de una persona que presenta una enfermedad mental con las características de la que padece la accionante, la cual le representa una pérdida de capacidad laboral del 71.45%, casi en la misma fecha en la cual se realiza el diagnóstico y máxime cuando se trata de una enfermedad de origen común que, según otras pruebas aportadas por la accionante ha venido evolucionando notablemente desde sus dos años de edad. Al respecto, cabe advertir que para efectos de establecer la fecha de estructuración de la enfermedad, deben tenerse en cuenta pruebas como la historia clínica del afectado y demás exámenes practicados, los cuales, al parecer, en el presente caso no se valoraron”.

En la sentencia T-436 de 2005, la misma Sala Novena estimó que una junta de calificación había vulnerado el derecho al debido proceso al fijar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral pues pretermitió algunas partes del procedimiento reglamentario y existían falencias en la motivación. En específico, indicó que la junta (i) no acreditó que el accionante hubiera sido sometido a examen físico, (ii) no aportó información acerca de porqué al proferir el dictamen no valoró en su integridad el estado de salud del peticionario sino tan solo una de las patologías y, finalmente, (iii) no informó acerca de la realización del proceso de rehabilitación integral que hubiera recibido el accionante o sobre la improcedencia del mismo, lo cual es exigido por las normas reglamentarias para darle trámite a las solicitudes de certificación de pérdida de capacidad laboral. A similares conclusiones arribó la Sala Cuarta de Revisión en la sentencia T-108 de 2007²², ocasión en la que la junta demandada tampoco tuvo en cuenta todas las patologías que sufría el peticionario ni ofreció sustentación alguna respecto de su exclusión.

En la sentencia T-328 de 2008²³, la Sala Segunda de Revisión consideró que el hecho de no

tener en cuenta todos los exámenes médicos realizados al actor para determinar el porcentaje de la incapacidad laboral y no justificarlo desconoce el derecho al debido proceso. Además, recordó a la junta accionada que, en caso de no tener certeza sobre el diagnóstico de la accionante, la conducta a seguir es ordenar la práctica de exámenes complementarios, facultad contemplada en los artículos 13-7 y 36 del Decreto 2463 de 2001, en vez de simplemente omitir la dolencia en el dictamen.

En sentencia T-773 de 2009²⁴, la Sala Octava de Revisión resolvió dejar sin efectos el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en lo relativo a la fecha de estructuración de la invalidez y ordenó a la misma expedir un nuevo dictamen en torno a este asunto con estricta observancia del debido proceso. Estableció que la junta debía tomar en consideración los diferentes conceptos de los médicos tratantes que obraban en el expediente quienes sugerían una fecha anterior de estructuración de la invalidez, así como la naturaleza degenerativa e incurable de la enfermedad del actor y el hecho indicativo de que a la temprana edad de 49 años se retiró de su actividad laboral debido a su enfermedad.

5.- El derecho de petición en materia pensional

De manera reiterada, este Tribunal Constitucional ha protegido los derechos de las personas que elevan peticiones para el reconocimiento de sus derechos pensionales. De conformidad con dicha jurisprudencia, “la respuesta que se dé al peticionario debe cumplir, por lo menos, con los siguientes requisitos: 1. Ser oportuna; 2. Resolver de fondo, en forma clara, precisa y congruente con lo solicitado; 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición”²⁵.

Con base en las anteriores consideraciones generales, se dispone a la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional a resolver el caso concreto.

6.- Caso concreto

6.1. En primer lugar, la Sala encuentra demostrada la violación del derecho fundamental de petición por parte del Ministerio de la Protección Social pues la solicitud elevada el 7 de enero de 2011 fue respondida extemporáneamente el 18 de febrero de 2011 (respuesta

recibida el día 22). Inicialmente, podría decirse que esta pretensión se encuentra satisfecha y el reclamo constitucional ha quedado superado. Sin embargo, ello no obsta para que esta Corporación reconvenga a la entidad accionada, como corresponde hacerlo a fin de que adopte las medidas pertinentes para que responda válida y oportunamente las peticiones que los ciudadanos le formulen, así sea negativamente.

6.2. En adelante, la Sala analizará si ha sido vulnerado el derecho fundamental al debido proceso del señor Raúl Castro Bernal al determinar que la fecha de estructuración de su invalidez fue el quince (15) de mayo de 2009 y al no haber sido revisado el dictamen por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

6.2.1. Se advierte que en efecto ello es así; en primer lugar, ya que en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral no existe ningún tipo de motivación técnico-científica en relación con la fecha fijada como estructuración de la invalidez. En el documento que obra en los folios 8 al 11 del cuaderno 1 y que fue emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez simplemente se lee: “fecha estructuración PCL: 16/05/2009” y en “Fundamentos de la Calificación”, en la relación de documentos solo aparecen enunciados: “exámenes o pruebas paraclínicas” e “historia clínica”.

Como se indicó con anterioridad, esta Corte ha señalado que los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez deben ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión, lo que guarda plena correspondencia con los artículos 31 y 9 del Decreto 2463 de 2001 que prescriben, en su orden, que éstos “deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral” y “los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión”.

De lo anterior se desprende que estos documentos no pueden ser simples formatos en los cuales se llenan para el caso los espacios en blanco, ya que cada una de estas opciones debe estar fundamentada expresamente en un criterio técnico o médico, con mayor razón si se trata de un tema tan trascendental como la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la cual depende el régimen legal aplicable a la solicitud de la pensión de invalidez, por lo que puede hacer la diferencia entre el reconocimiento o la negación de la prestación como parte del derecho fundamental a la seguridad social.

6.2.2. En segundo lugar, obra en el expediente, proveniente de la Sociedad de Servicios Oculares Ltda. -OptiSalud- (Yopal, Casanare), copia de la historia clínica Número H0005646 del señor Raúl Castro Bernal²⁶, firmada por cuatro (4) médicos tratantes, en la que aparecen como fechas de consulta las siguientes:

1999/06/09

Dolor ocular

1999/07/12

Incapacidad (8 días) hiperemia punteado córnea

2002/02/17

O.D. agujero macular, O.I. leucoma córnea

2002/03/11

Afaquia

2002/08/16

Leucoma cicatrizal, se remite para queratoplastia del O.I. en Bogotá

2004/05/20

Afaquia

2006/08/14

Sinequias anteriores, queratitis intersticial y profunda

2006/09/04

Leucoma córnea central, sinequias anteriores

La información consignada en la referida historia clínica sugiere que la enfermedad visual del

actor es de carácter evolutiva y degenerativa, por lo que la fecha de estructuración de la invalidez podría ser muy anterior. Estos datos no fueron considerados ni refutados con argumentos científicos o técnicos por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, lo cual indica que el dictamen del 20 de noviembre de 2009 carece del debido fundamento.

Ya ha dicho la Corte que para efectos de establecer la fecha de estructuración de la enfermedad, se deberán tener en cuenta pruebas como la historia clínica del afectado y demás exámenes practicados. Lo cual es reafirmado por el artículo 9° del decreto 2463 de 2001 que indica que, dentro de los fundamentos de hecho del dictamen, se encuentran “todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio”.

6.2.3. En tercer lugar, al momento de solicitar la correspondiente pensión de invalidez, el 9 de junio de 2010 la AFP Porvenir S.A. le informó que el dictamen de invalidez emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá se encontraba surtiendo el trámite de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Al respecto, manifestó:

“Como quiera que el dictamen de primera instancia que determinó su grado de pérdida de capacidad laboral, origen y fecha de estructuración no se encuentra en firme en espera de la decisión que habrá de adoptar en segunda instancia la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, esta sociedad administradora no cuenta con los elementos de juicio necesarios para definir de fondo su solicitud pensional.

Siendo ello así, y al haber transcurrido el término dado por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones para definir de fondo este tipo de solicitudes, Porvenir S.A. procederá a su archivo, a la espera del dictamen de invalidez de la Junta Nacional.

Una vez la Junta Nacional de Invalidez notifique el correspondiente dictamen procederemos a definir de fondo su solicitud pensional”.²⁷

Ahora bien, en consideración a la respuesta proporcionada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en cuanto a que una vez revisado el archivo, así como la lista de expedientes enviados de las regionales y de los juzgados, no encontraron radicado caso alguno referente al señor Raúl Castro Bernal, la Sala de Revisión considera necesario amparar el derecho a la doble instancia del señor Castro y ordenará a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que proceda a la revisión del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

6.3. La Sala de Revisión estima que, en el caso presente, es necesario tener en cuenta que al señor Raúl Castro Bernal le fue dictaminado en el año 1999 la pérdida total de la visión del ojo derecho por atrofia en el nervio óptico. En el mes de agosto de 2002 se le ordenó el transplante de córnea del ojo izquierdo, pero ante la ausencia de donante optó por usar lente de contacto, uso que le fue contraindicado en el año 2006.

Por ende, el señor Castro, en su condición de disminuido físicamente por la pérdida de la visión en ambos ojos, tiene dificultad para el acceso al trabajo, particularmente en su profesión como “Administrador Público Municipal y Regional”²⁸, lo que conduce a que no pueda derivar ingresos que le permitan su subsistencia. Situación que se ve agravada por la precariedad económica en que se encuentra por su desplazamiento forzado del municipio de Neiva a la ciudad de Bogotá, condición demostrada según certificado de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.²⁹

Además, en el material probatorio allegado se observa que el actor nació el 28 de noviembre de 1952³⁰, por lo que cuenta con una edad cercana a los 58 años, lo que se constituye en otra dificultad de vinculación laboral. Para la Sala de Revisión es claro que no puede seguir cumpliendo sus labores de interventoría y asesoría como Administrador Público Municipal y regional, debido a la limitación para desplazarse que ahora padece (“requiere ayuda de terceros”)³¹, recayendo sobre el Estado, la sociedad y la familia del actor la inaplazable obligación constitucional de protegerlo como persona que por su condición física se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta.

6.4. De otra parte, según el acervo probatorio, el 7 de julio de 2011 la AFP Porvenir S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez por riesgo común, por considerar que el

actor no cumple (i) con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez y (ii) con el de fidelidad de cotización para con el sistema, establecidos en la Ley 860 de 2003. Con relación a la consolidación de la prestación, estimó que:

“En atención a su solicitud citada en la referencia, le manifiesto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, usted puede optar por la devolución del saldo existente en la cuenta individual de ahorro pensional y el valor correspondiente a la redención anticipada de su bono pensional, si a este hubiere lugar, o continuar cotizando para obtener una pensión de vejez, razón por la cual Usted deberá informar a esta Administradora la decisión adoptada.

Lo anterior en consideración a que no se acreditan los requisitos legales previstos en la Ley 860 de 2003, por la cual se reformó el artículo 30 de la Ley 100 de 1993, vigentes al momento de estructurarse su estado de invalidez, (...)

Al consultar nuestro sistema de información observamos que Usted no cuenta con los requisitos de semanas y fidelidad al Sistema General de Pensiones, razón por la cual Porvenir S.A. rechaza su solicitud pensional”.³²

6.5. Por último, la Sala de Revisión se referirá a las siguientes pretensiones invocadas por el actor, a saber:

(i) Que el Ministerio de la Protección Social le otorgue un subsidio económico que represente 50 semanas de cotización con retroactividad al 15 de mayo de 2009, fecha anterior a su estructuración de invalidez. Al respecto cabe señalar que en aplicación de la normatividad que regula la materia de los subsidios de la subcuenta de solidaridad (Decreto 3771 de 2007), se observa que el subsidio es temporal y parcial, que se deberán acreditar los requisitos contemplados en su artículo 13 y que, indudablemente, no podría efectuarse de manera retroactiva. Esto es en virtud de lo contemplado en el artículo 18 del citado decreto. Así pues, la efectividad de la afiliación para el referido beneficio surte efecto a partir del primer día del mes siguiente en que el Fondo de Solidaridad Pensional da aviso a la entidad administradora de pensiones sobre el otorgamiento del subsidio.

(ii) Que le sea aplicado el artículo 2º de la Ley 1250 de 2008 34 que, a su juicio, lo exoneraría

de la obligación de cotizar al régimen de pensiones.

La Sala advierte que la norma establece la posibilidad de que las personas cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones durante los próximos 3 años y no una exoneración definitiva como lo interpreta el accionante. Pero si, en gracia de discusión, se aceptara esa aplicación, el actor no cumpliría con los requisitos necesarios para ser considerado como uno de los posibles beneficiarios, tales como tener un ingreso mensual inferior o igual a un (1) SMLM. Adicionalmente, la norma invocada solo rige desde el año 2009, por lo que tampoco le resultaría de utilidad en su caso, en el que la fecha de estructuración de su invalidez es 16 de mayo de 2009.

(iii) Que le sea aplicado el documento CONPES 3605 de 2009, que estudia la posibilidad de otorgar un mayor subsidio a esta franja poblacional. El beneficio consiste en que el Fondo de Solidaridad Pensional financia el 75% del aporte hasta por 650 semanas. Sobre el particular cabe señalar que esta ampliación en el acceso al subsidio busca aumentar la probabilidad de que la población de trabajadores independientes se logre vincular al régimen pensional, teniendo en cuenta que sin este subsidio probablemente no accederían a una pensión en la vejez. Cualquier colombiano que cumpla con las siguientes características podría acceder a la ayuda: ser trabajador independiente con ingresos equivalentes hasta un salario mínimo, haber cotizado a pensión durante 250 semanas, ser mayor de 35 años y menor de 55 años si es afiliado al ISS, o menor a 58 años, si es afiliado a los Fondos Privados, y estar cobijados por la seguridad social en salud.

La Sala advierte que al actor no podría aplicársele el beneficio allí contemplado, toda vez que no cumple con los requisitos necesarios, tales como ser trabajador independiente con vinculación activa. Por lo demás, es claro que este subsidio busca la ampliación de la cobertura del sistema de pensiones y no la exención de los aportes.

6.6. Por todo lo expuesto, se reiterará la jurisprudencia, de manera que sean protegidos los derechos del señor Raúl Castro Bernal. De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la acción de tutela instaurada contra el Ministerio de la Protección Social, la AFP Porvenir S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en su lugar,

concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Castro Bernal.

En consecuencia, se ordenará a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que realice la revisión en segunda instancia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el 20 de noviembre de 2009 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el caso del señor Raúl Castro Bernal, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, con estricta observancia del debido proceso de conformidad con los fundamentos jurídicos de la presente sentencia. Para ello, la Junta Nacional deberá tomar en consideración la historia clínica que obra en el expediente correspondiente a los años 1999 hasta 2006, así como la naturaleza de la enfermedad padecida por el actor, la cual parece ser degenerativa, y el hecho indicativo de que desde 2004, a la temprana edad de cuarenta y dos (42) años se retiró de su actividad laboral debido a su discapacidad.

De otra parte, se ordenará a la AFP Porvenir S.A. que, una vez reciba el dictamen de calificación de invalidez definitivo del señor Raúl Castro Bernal y atendiendo lo dispuesto en esta providencia, realice un nuevo estudio de solicitud pensional en el que se incluya el debido análisis de las normas aplicables y favorables, según la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral que le corresponda y de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez en su caso. En el caso de que la prestación sea reconocida esta entidad tendrá que prever mecanismos para que de forma gradual se compense el dinero entregado al señor Castro Bernal en virtud de la devolución de aportes, si es que éste dinero ya le fue entregado.

Por ultimo, la Sala advertirá al Ministerio de la Protección Social que deberá responder las peticiones que se le presenten en la forma y términos que establecen la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas, el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la acción de tutela contra el Ministerio de la Protección Social, AFP Porvenir S.A. y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para en su lugar CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Raúl Castro Bernal.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de que realice la revisión en segunda instancia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el 20 de noviembre de 2009 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el caso del señor Raúl Castro Bernal, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, con estricta observancia del debido proceso de conformidad con los fundamentos jurídicos de la presente sentencia. Para ello, la Junta Nacional deberá tomar en consideración la historia clínica que obra en el expediente correspondiente a los años 1999 hasta 2006, así como la naturaleza de la enfermedad padecida por el actor, la cual parece ser degenerativa, y el hecho indicativo de que desde 2004, a la temprana edad de cuarenta y dos (42) años se retiró de su actividad laboral debido a su discapacidad.

TERCERO.- Para dar cumplimiento a lo contemplado en el anterior numeral, EXPEDIR copias de la historia clínica correspondiente a los años 1999 hasta 2006, que obra en el expediente a folios 37 a 40 del cuaderno principal, con destino a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

CUARTO.- ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que, una vez en firme el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes, realice un nuevo estudio de solicitud pensional en el que se incluya el debido análisis de las normas aplicables y favorables, según la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral que le corresponda y de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez en su caso. En el evento de que la prestación sea reconocida esta entidad deberá prever mecanismos para que, de forma gradual, se compense el dinero entregado al señor Castro Bernal en virtud de la devolución de aportes, si es que, efectivamente, dicho desembolso se

produjo.

SEXTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Decreto 3771 de 2007. Artículo 13. Requisitos para ser beneficiario de los subsidios de la subcuenta de solidaridad. Son requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la subcuenta de solidaridad, los siguientes:

1. Tener cotizaciones por quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan.
2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS.
3. Ser mayores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima.
4. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo. Los beneficiarios del Fondo de Solidaridad Pensional afiliados antes de la vigencia de la Ley 797 de 2003, con edad inferior a la prevista en el presente artículo, continuarán recibiendo el subsidio en las mismas condiciones y durante el tiempo que se les había establecido antes de entrar en vigencia la citada ley, siempre y cuando no incurran en causal de pérdida del subsidio.

De la misma forma, los trabajadores del servicio doméstico afiliados con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003 y que a esa fecha recibían subsidio a la cotización, continuarán recibéndolo en las mismas condiciones que se les ha venido otorgando, siempre y cuando acrediten que continúan cumpliendo los requisitos que debían reunir para ser beneficiarios de dicho fondo antes de la entrada en vigencia de la citada ley.

2 Ley 100 de 1993, artículo 26. en el evento de seleccionar la opción del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, “solo podrán afiliarse a fondos que administren las sociedades administradoras que pertenezcan al sector social solidario (...)”

3 Decreto 3771 de 2007. Artículo 18. Efectividad de la Afiliación. Autorizado el otorgamiento del subsidio por parte de la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, este procederá, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la autorización, a dar aviso al solicitante y a la entidad administradora de pensiones seleccionada para que proceda a vincularlo. La afiliación a la entidad administradora de pensiones seleccionada por el beneficiario del subsidio, surtirá efecto a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional dio aviso a la entidad administradora de pensiones seleccionada, sobre el otorgamiento del subsidio.

4 Consultar las sentencias T-177 de 2011, T-354 de 2010, T-059 de 2009, T-595 de 2007, T-304 de 2007, T-580 de 2006, T-222 de 2006, T-972 de 2005, T-712 de 2004 y C-543 de 1992, entre otras.

5 Sentencias T-859 de 2004, T-436 de 2005 y T-108 de 2007, entre otras.

6 Esta acción [la de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

7 Artículo 11: “(...) Los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y sólo pueden ser controvertidos ante la justicia laboral ordinaria con fundamento en el artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral”.

Artículo 40: “Controversias sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de Seguridad Social Integral. Los procedimientos, recursos y trámites de las juntas de calificación de invalidez se realizarán conforme al presente decreto y sus actuaciones no constituyen actos administrativos”.

8 Sentencia T-062 de 2009 (M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla), la Sala Séptima de Revisión, en aras de proteger la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la protección reforzada a quienes se hallen en circunstancia de debilidad manifiesta y el mínimo vital, resolvió dejar sin efectos el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, así como la resolución por la cual se negó el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez y, en su lugar, ordenó la realización de una nueva evaluación técnica científica del grado de pérdida de la capacidad laboral tanto física como de carácter psiquiátrico sobre el estado de salud de la accionante, para cuya determinación se debía tener en cuenta las especiales connotaciones de la labor que desplegaba antes del accidente que generó la invalidez.

Sentencia T-108 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) concluyó que el proceso ordinario laboral no era idóneo y eficaz en el caso de una persona a la cual se le había suspendido el pago de su pensión de invalidez en virtud de que una junta de calificación de invalidez, con violación del debido proceso, determinó que su incapacidad laboral había disminuido de forma tal que ya no alcanzaba el porcentaje a partir del cual la legislación otorga tal prestación. Lo anterior, debido a su edad -62 años-, su estado de salud -sufría de varios padecimientos tales como artrodesis de tobillo y rodilla, hipertensión arterial, dermatosis, insuficiencia venosa crónica de miembros inferiores, etc.-, la consecuente imposibilidad de obtener un trabajo y la ausencia de otro ingreso que le permitiera procurarse una subsistencia digna para él y su familia.

9 Folios 21 al 23, cuaderno 1.

10 Folios 8 al 11, cuaderno 1.

11 Documentos que lo relacionan como población con desplazamiento forzado. Folios 21 al 23, cuaderno principal.

12 Extracto de la Sentencia T-859 de 2004.

13 Citado en la Sentencia T-773 de 2009: similares consideraciones ha hecho esta Corte en el caso de los funcionarios nombrados en provisionalidad que son declarados insubsistentes sin motivación alguna. Allí, se ha ordenado a la Administración justificar su decisión con el fin de que estas personas puedan acudir a la justicia contencioso administrativa para rebatir las razones de su empleador.

14 C-1002 de octubre 12 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

15 Sentencia C-1002 de 2004.

16 Sentencias T-436 de 2005, T-108 de 2007 y T-328 de 2008, entre otras.

17 Sentencias 424 de 2007 y T-108 de 2007.

18 Sentencia T-436 de 2005. En el igual sentido, ver las sentencias T-424 de 2007, T-328 de 2008 y T-062 de 2009.

19 Sentencia T-424 de 2007.

20 Ibídem. En similar sentido, sentencia T-328 de 2008.

21 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

22 M.P. Rodrigo Escobar Gil

23 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

24 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

25 Citado en la Sentencia T-773 de 2009: "Sentencia T-328 de 2008. En el mismo sentido, sentencias T-1089 de 2001, T- 219 de 2001, T-249 de 2001 y T-377 de 2000, entre muchas otras".

26 Folios 20 al 23, cuaderno 1.

27 Folio 25, cuaderno 1.

28 Título otorgado por la ESAP el 12 de diciembre de 1995. Folio 16, cuaderno 1.

29 Folio 15, cuaderno 1.

30 Folio 7, cuaderno 1.

31 Según anotación contenida en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, a folio 11 del cuaderno 1.

32 Folio 26, cuaderno 1.

33 Corte Constitucional, sentencia C-973 del 7 de octubre de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil, sentencia T- 364 del 17 de abril de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

34 Ley 1250 de 2008 "ARTÍCULO 2º. Al artículo 19 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 6º de la Ley 797 de 2003, adiciónese un párrafo del siguiente tenor:

Parágrafo. Las personas a las que se refiere el presente artículo, cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) salario mínimo legal mensual, que registren dicho ingreso conforme al procedimiento que para el efecto determine el Gobierno Nacional, no estarán obligadas a cotizar para el Sistema General de Pensiones durante los próximos 3 años a partir de la vigencia de la presente ley, no obstante de lo dispuesto en este párrafo, quienes voluntariamente decidan cotizar al sistema general de pensiones podrán hacerlo.

Durante este lapso, el Gobierno Nacional evaluará los resultados de la aplicación del presente párrafo y presentará a consideración del Congreso las iniciativas que considere viables para facilitar el acceso a esquemas de protección 'Económica' para la vejez de esta franja poblacional".