

T-752-14

Sentencia T-752/14

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

En el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos más inherentes al ser humano y del mismo modo determinar sin lugar a dudas que el peticionario en realidad cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Lo anterior, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

PENSION DE INVALIDEZ COMO COMPONENTE ESENCIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamentos

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

Actualmente, para acceder a la pensión de invalidez por causa común o por accidente, las únicas exigencias son haber cotizado un mínimo de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez y estar calificado con un 50% o más de pérdida de la capacidad laboral.

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

PENSION DE INVALIDEZ-Precedente jurisprudencial respecto a la inaplicación excepcional de los requisitos para obtener el reconocimiento y pago cuando existe un cambio en la normativa que los regula

Conforme al precedente jurisprudencial, la Sala puede concluir que, en principio, resultan legítimos y ajustados a derecho los actos de los operadores jurídicos y de las administradoras de pensiones en donde aplican la norma pensional vigente al momento en

que se estructuró la invalidez; no obstante, en determinados casos, ello podría vulnerar la Constitución Política y el principio de progresividad dispuesto en el artículo 48 ibídem. Así entonces, la no aplicación de la norma vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez y, en su lugar, la aplicación de una norma anterior, se sustenta en la situación particular del solicitante de la cual se debe derivar: a) si frente al caso específico, el tránsito legislativo fue más gravoso o regresivo para el accionante en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, esto es, si se vulneró el principio de progresividad; b) si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo el régimen anterior y c) si el peticionario quien es un sujeto de especial protección constitucional en razón de su discapacidad se encuentra en una situación grave que implique una vulneración ostensible de su derecho al mínimo vital.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ

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

La jurisprudencia constitucional decantada por esta Corporación ha sido clara y consolidada frente a la protección de quienes han visto menguadas sus capacidades para trabajar, viendo afectados los ingresos económicos para llevar una vida en condiciones dignas. Por ello, las decisiones que tomen las administraras de fondos de pensiones, frente a las solicitudes de pensión de invalidez, deben ser acordes con la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad. Por tanto, en la aplicación de las normas pertinentes para el reconocimiento de esta prestación, deberá advertir el principio de favorabilidad. Así mismo, en casos específicos en los cuales una persona que ha nacido o adquirido una discapacidad cuenta con una capacidad laboral residual que le permite hacer aportes al Sistema General de Pensiones, es aplicar la regla definida en este sentencia, y tener en cuenta que el momento efectivo de pérdida permanente y definitiva de la destreza para desarrollar una actividad económica, es aquel en cual ha cotizado al Sistema por última vez

Referencia: Expedientes T-4.041.383, T-4.042.445, T-4.051.645, T-4.102.779, T-4.102.841,

T-4.104.548, T-4.105.729, T-4.106.628 y T-4.109.091.

Acciones de Tutela instaurada por Marcela Berrío Mejía y otros en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, Porvenir S.A. y Protección Pensiones y Cesantías S.A.

Temas: (i) procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; (ii) aplicación del principio de favorabilidad respecto de las normas que regulan dicha prestación y (iii) retroactividad de la fecha de estructuración de la invalidez.

Problema jurídico: Determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes al mínimo vital y a la seguridad social, al no reconocerles la pensión de invalidez con fundamento en el incumplimiento del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de los procesos radicados bajo los números T-4041383, T-4042445, T-4051645, T-4102779, T-4102841, T-4104548, T-4105729, T-4106628 y T-4109091, que fueron seleccionados y acumulados para ser fallados en una sola sentencia, por presentar unidad de materia en el Auto de la Sala de Selección número Diez de la Corte Constitucional, del 31 de octubre de 2013.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y decisiones judiciales de los expedientes.

1. EXPEDIENTE T-4.041.383

2.

1.1. ANTECEDENTES

Mediante apoderado, la señora Marcela Berrío Mejía interpuso acción de tutela demandando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por Colpensiones, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El amparo se sustenta en los siguientes:

1.2. HECHOS

1.2.1. Afirma que actualmente cuenta con 50 años de edad y que ha estado afiliada en forma discontinua a Colpensiones (anteriormente Instituto de Seguros Sociales) desde el año 1984 hasta hoy.

1.2.2. Cuenta que el 24 de octubre de 2011 le diagnosticaron “CARCINOMA NEUROENDOCRINO DEL PANCREAS” y “DIABETES MELLITUS, asociado al tumor maligno; además presenta compromiso vascular metastásico (sic) a hígado con síndrome carcinoide asociado”.

1.2.3. En tal sentido, señala que mediante dictamen No. 1436 del 20 de marzo de 2012, la EPS-ISS la calificó con el 61.70% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración el 11 de agosto de 2011.

1.2.3. Por lo anterior, sostiene que el 7 de junio de 2012 solicitó a Colpensiones el pago y reconocimiento de la pensión de invalidez, pues considera que cumple con los requisitos establecidos para ello, como son: (i) la pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y (ii) haber cotizado 26 semanas antes de la invalidez, según lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

1.2.5. Indica que mediante Resolución 005195 del 16 de noviembre de 2012, Colpensiones le negó la solicitud pensional, argumentando que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, el cual exige haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de

estructuración de la invalidez. Impugnada la decisión esta fue confirmada por la entidad mediante Resolución 038465 del 15 de marzo de 2013.

1.2.6. Frente a tal negativa, afirma que aunque por falta de trabajo no alcanzó a cotizar 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, ha acumulado un total de 604 semanas durante toda su vida laboral, realizando el último aporte el 30 de abril de 2012. Por tanto, solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez toda vez que ha podido cotizar en pensiones aun con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela fue repartido al Juzgado 14 Piloto de Familia de Medellín, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa. No obstante lo anterior, no hubo pronunciamiento alguno.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

En fallo del 7 de junio de 2013, el juzgado en mención declaró improcedente el amparo solicitado por la señora Berrío Mejía. Como argumento de su decisión, sostuvo que el tiempo de los aportes realizados por la accionante y la fecha de estructuración de invalidez, “no generan duda alguna frente a la aplicación de una ley más favorable, pues no existen razones de peso para que se inaplique la normatividad actual, esto es, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por medio de la cual se modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y de paso a la aplicación del Decreto 758 de 1990, con el que se aprobó el acuerdo 049 del 1º de febrero de 1990, pues la accionante suspendió sus aportes para el año 2003 y los reanudó el 2011”.

En tal sentido, adujo que está totalmente acreditado dentro del expediente que la señora Berrío Mejía no cuenta con las 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de su invalidez, además, que el fundamento de la aplicación de una ley más favorable, “no es la duda que podría surgir en la interpretación de la legislación aplicable por las condiciones particulares de la época de la cotización, sino por el principio general del derecho que nadie está obligado a lo imposible”.

1.4.2. Impugnación

Con fundamento en jurisprudencia constitucional, el apoderado de la accionante sostuvo que en casos como el de la señora Berrío Mejía, la pensión de invalidez ha sido catalogada como un derecho fundamental. Así pues, consideró que el fallo de primera instancia desconoce el derecho que tiene la tutelante a vivir una vida digna, por lo que reitera la solicitud de amparo de sus derechos fundamentales.

1.4.3. Segunda instancia - Tribunal Superior de Medellín, Sala Familia

Mediante sentencia del 17 de julio de 2013, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Familia, confirmó la decisión inicial. Al respecto, sostuvo que “aunque la tutelante siguió cotizando al sistema después de la estructuración de la invalidez hasta el 3 de enero de 2013, que COLPENSIONES no tuvo en cuenta dichas cotizaciones, lo cierto es que no cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez (...)”.

1.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

1.5.1. Copia del formulario diligenciado por la accionante en donde solicita la prestación económica de pensión de invalidez.

1.5.2. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Berrío.

1.5.3. Copia de la Resolución No. GNR 005195 del 16 de noviembre de 2012, mediante la cual Colpensiones niega la solicitud pensional.

1.5.4. Copia de las notas de evolución de la enfermedad padecida por la accionante, emitida por la Clínica de Medellín.

1.5.5. Copia de la Resolución No. GNR 038465 del 15 de marzo de 2013, en la que Copensiones confirma la negativa de conceder la pensión de invalidez solicitada.

2. EXPEDIENTE T-4.042.445

2.1. ANTECEDENTES

El señor Jahder Alberto Ramírez Giraldo solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al mínimo vital y a la vida digna, presuntamente vulnerados por Colpensiones al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

2.2. HECHOS

2.2.1. Narra que cuando tenía 7 años de edad le diagnosticaron una enfermedad de tipo crónico denominada Artritis Reumatoide Juvenil (ARJ), y que con el paso del tiempo comprometió la función renal de su organismo.

2.2.2. Señala que a pesar de lo anterior, pudo llevar una vida como cualquier persona, tanto así que finalizó sus estudios de bachiller, ingresó a la universidad y logró obtener el título de sociólogo en el año 2000.

2.2.3. Comenta que al cabo de 12 años de tratamiento fue necesario iniciar terapias de hemodiálisis para darle manejo a la insuficiencia renal.

2.2.4. Afirma que el 3 de octubre de 2010 le fue trasplantado un riñón, pero a los ocho días debió ser tratado por una infección urinaria que ponía en riesgo la operación.

2.2.5. Por todo lo anterior, el 9 de octubre de 2009, Colpensiones estudió su situación y emitió dictamen señalándole pérdida de la capacidad laboral del 65.10%, con fecha de estructuración el 15 de febrero de 1977, época para la cual contaba con 7 años de edad.

2.2.7. En sentir del actor, la apreciación de Colpensiones frente a la fecha de estructuración de la invalidez es errada, “pues, para esa fecha mi edad era de escasos siete años y aunque estuviera en condiciones óptimas de salud, no podía laborar y que era apenas un niño sin capacidad de contraer obligaciones legales y menos aún un contrato laboral”. Contrario a ello, considera que la fecha que debe tenerse en cuenta para efectos de establecer la estructuración de la invalidez es el día en que la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado evaluó su discapacidad, teniendo en cuenta que padece una enfermedad crónica y degenerativa.

2.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 7º Penal del Circuito de Medellín, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

2.3.1. Instituto de Seguros Sociales en liquidación

El Instituto de Seguros Sociales en liquidación informó que el expediente administrativo del señor Ramírez Giraldo, se encuentra en proceso de desarchivo y, posteriormente, será enviado a “nivel Nacional” para que sea Colpensiones la que finalmente decida.

Por ello, solicita al juez concederle un plazo de 30 días mientras culmina el proceso de digitalización y migración del expediente del accionante a Colpensiones para que sea esta quien manifieste lo pertinente.

2.4. DECISIONES JUDICIALES

2.4.1. Primera instancia - Juzgado 7º Penal del Circuito de Medellín

En fallo del 23 de mayo de 2013, el juez de tutela decidió negar el amparo de los derechos fundamentales cuya protección invoca el actor. A juicio de esta autoridad, a pesar de que el señor Ramírez Giraldo padece graves enfermedades de carácter crónico y fue calificado con invalidez superior al 50%, en este caso el juez constitucional no puede invadir la órbita de competencia del juez ordinario laboral, aduciendo que “no hay elementos o circunstancias excepcionales, como bien podría ser el inminente peligro al que se vea sometido el afectado que haga meritorio resolver un tema que cuenta con un procedimiento adecuado para ello”.

Además, consideró que el accionante no cumplía el requisito de inmediatez, toda vez que el acto administrativo que le negó la pensión de invalidez fue proferido en el año 2010 y solo hasta el 2013 interpuso el mecanismo de amparo. Así pues, indicó que “si pudo subsistir durante tres años sin acudir al juez constitucional, nada obsta para que ahora recurra al juez laboral competente para zanjar la controversia entre el actor y las demandadas”.

2.4.2. Impugnación

El accionante apeló la decisión, sin embargo, no allegó escrito sustentando el recurso.

2.4.3. Segunda instancia - Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Constitucional

En sentencia proferida el 9 de julio de 2013, el Tribunal confirmó la decisión inicial, por cuanto la pretensión esgrimida por el accionante en su escrito de tutela es de carácter litigiosa, no siendo el juez de tutela el llamado a resolverla, existiendo para ello la vía ordinaria.

2.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

2.5.1. Copia de la Resolución No. 008061 del 28 de abril de 2010, mediante la cual el Instituto de Seguro Social negó la pensión de invalidez al accionante.

3. EXPEDIENTE T-4.051.645

3.1. ANTECEDENTES

A través de apoderado, el señor Luis Alberto Rubiano Díaz solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la salud, presuntamente vulnerados por Colpensiones, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

3.2. HECHOS

3.2.1. Afirma que actualmente cuenta con más de 60 años de edad.

3.2.2. Manifiesta que de acuerdo con el cuadro clínico diagnosticado, padece esclerosis múltiple y, por tanto, se encuentra desprotegido en razón a su avanzada edad.

3.2.3. Señala que mediante examen de medicina laboral del ISS en liquidación, el 17 de agosto de 2011 le indicaron que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 66.4%, con fecha de estructuración del 23 de junio de 2009.

3.2.4. En vista de lo anterior, aduce que el 3 de octubre de 2011 presentó solicitud pensional ante el ISS, quien mediante Resolución No. 128022 del 15 de noviembre de 2011, le negó la prestación al constatar que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez tan solo cotizó 17 de un mínimo de 50 semanas exigidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 en dicho periodo.

3.2.5. Sostiene que el 12 de febrero de 2012, interpuso los respectivos recursos ante la entidad accionada. No obstante, la decisión en sentido negativo fue confirmada mediante Resolución No. GNR 011204 del 28 de noviembre de 2012.

3.2.6. En consecuencia, interpuso acción de tutela, pues considera que la negativa de la entidad vulnera sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital, toda vez que la fecha de estructuración fue establecida cuando apenas empezaba a manifestarse la enfermedad que padece y aún laboraba de manera independiente.

3.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

La entidad demandada no se pronunció.

3.4. DECISIONES JUDICIALES

3.4.1. Primera instancia - Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá

En fallo del 24 de junio de 2012, el juez decidió negar el amparo solicitado por el actor. Consideró que el tutelante no probó satisfacer las condiciones señaladas para que sea procedente el amparo, como la ocurrencia de un perjuicio irremediable en el evento en que no reconozca la pensión, es decir, no se encuentra demostrada la vulneración al mínimo vital y la vida digna.

3.4.2. Impugnación

El apoderado del accionante presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

En primer lugar, expuso el concepto de esclerosis múltiple, enfermedad que padece el actor y es la causa de su pérdida de la capacidad laboral.

En segundo término, citó varias sentencias de la Corte Constitucional, con el fin de demostrar que esta Corporación ha tutelado los derechos invocados en la presente acción, cuando se trata de personas de la tercera edad o adultos mayores.

En tal sentido, solicitó al juez de segundo instancia revocar la decisión inicial y tutelar los derechos del accionante.

3.4.3. Segunda instancia - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil

En sentencia proferida el 9 de julio de 2013, tras breves consideraciones, el Tribunal confirmó la decisión del Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, coincidiendo con que, en el caso bajo estudio, no se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, como son 50 semanas cotizadas durante los últimos tres años a la fecha de estructuración de la invalidez.

3.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

3.5.1. Copia de la Resolución No. 128022 del 15 de noviembre de 2011, mediante la cual el ISS negó la pensión de invalidez solicitada por el actor.

3.5.2. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Luis Alberto Rubiano Díaz.

3.5.3. Copia de la Resolución GNR 011204 del 28 de noviembre de 2012, por la cual Colpensiones confirmó la decisión negativa a otorgarle la pensión de invalidez.

3.5.4. Copia de la historia clínica del accionante, expedida por la Clínica Nueva de la ciudad de Bogotá.

4. EXPEDIENTE T-4.102.779

4.1. ANTECEDENTES

El señor José Eloy Aguirre López solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad y a la salud, presuntamente vulnerados por Colpensiones al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

4.2. HECHOS

4.2.1. Narra que ha laborado alrededor de 17 años y cotizado al fondo de pensiones del ISS más de 750 semanas.

4.2.2. Indica que su estado de salud es delicado, toda vez que padece diabetes mellitus y presión alta, razón por la cual le han realizado dos cirugías a corazón abierto, sufriendo un derrame cerebral en una de ellas, hecho que lo dejó con dificultades para hablar.

4.2.3. En vista de su situación, comenta que el 19 de enero de 2012 elevó solicitud de pensión de invalidez al ISS, luego de que la comisión médico laboral de esa entidad lo calificara con el 61.01% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración del 7 de junio de 2011.

4.2.4. Mediante Resolución No. 4348 de 2012, el ISS le negó la solicitud pensional con el argumento de que durante los últimos 3 años anteriores a la invalidez el actor no cotizó ninguna de la 50 semanas que exige el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a pesar de que el reporte de su historia laboral muestra un total de 746 semanas válidas para pensión.

4.2.5. Apelada la decisión por el actor, esta fue confirmada por Colpensiones mediante Resolución No. GNR 021532 del 14 de diciembre de 2012.

4.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

La entidad demandada guardó silencio.

4.4. DECISIONES JUDICIALES

4.4.1. Única de instancia - Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira

En fallo del 20 de agosto de 2013, el juzgado negó el amparo de los derechos fundamentales cuya protección solicitaba el accionante.

Fundó su decisión en el hecho de que no cumplía los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para poder acceder al beneficio pensional.

4.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

4.5.1. Copia de la Resolución No.4348 del 3 de septiembre de 2012, mediante la cual el ISS negó la pensión de invalidez solicitada por el actor.

4.5.2. Copia de la Resolución GNR 021532 del 14 de diciembre de 2012, por la cual Colpensiones confirmó la decisión de negar la pensión de invalidez.

4.5.3. Copia de la historia clínica del accionante, expedida por el Hospital Universitario San Jorge de Pereira.

4.5.4. Copia de la cédula de ciudadanía del señor José Eloy Aguirre López.

5. EXPEDIENTE T-4.102.841

5.1. ANTECEDENTES

El señor Pablo Enrique Parra Prieto solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad y a la salud, presuntamente vulnerados por Colpensiones al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

5.2. HECHOS

5.2.1. Relata que el 30 de diciembre del año 2003, por un fuerte dolor de cabeza, permaneció en estado de coma durante 30 días, situación a partir de la cual le diagnosticaron “B24 Estadio C3, Secuelas Toxoplasmosis Cerebral” y “Criptococosis Meníngea”.

5.2.2. Afirma que por este hecho le fue difícil conseguir empleo desde ese entonces, sobreviviendo en mayor parte gracias a la caridad de su familia. Así, indica que solo hasta diciembre de 2011, se vinculó a una empresa de vigilancia de la que tuvo que salir el 2 de abril de 2012, debido una recaída que lo llevó a ser hospitalizado por más de 30 días.

5.2.3. Sostiene que tales circunstancias lo llevaron a que el 7 de diciembre de 2012, solicitara a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que previamente había sido calificado con el 65.8% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 15 de abril de 2012.

5.2.4. Relata que mediante Resolución No. GNR 089833 del 8 de mayo de 2013, Colpensiones le negó la pensión de invalidez argumentando que no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que la pensión de invalidez se otorga al afiliado que haya cotizado 50 semanas durante los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

5.2.5. En tal sentido, considera que Colpensiones desconoció el hecho de que cotizó 921 semanas en toda su vida laboral antes de la fecha de estructuración de la invalidez, por lo que el no reconocimiento de la pensión vulnera su derecho fundamental al mínimo vital. Por tanto, solicita al juez de tutela que deje sin efectos la Resolución No. GNR 089833 del 8 de mayo de 2013 y ordene a la accionada que reconozca y pague dicha prestación, con fundamento en la sentencia T-223 de 2012, emitida por esta Corporación.

5.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

La entidad demandada guardó silencio.

5.4. DECISIONES JUDICIALES

5.4.1. Única de instancia - Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá

En fallo del 1 de agosto de 2013, el juzgado negó el amparo solicitado por el señor Parra Prieto.

En términos generales, el juez consideró que la acción de tutela no es el mecanismo por el cual deba resolverse esta clase de pretensiones. También coincidió con la interpretación de Colpensiones respecto del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pues a su juicio, a pesar de que el actor ha cotizado un alto número de semanas (921), “no existe prueba que acredite que dentro del periodo comprendido entre el 15 de abril del 2009 al 15 de abril de 2012, el actor hubiese cotizado 50 semanas, razón por la cual no es viable la pensión de invalidez solicitada”.

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

5.5.1. Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

5.5.2. Copia de la Resolución No. GNR 089833 del 8 de mayo de 2013, mediante la cual Colpensiones negó la pensión de invalidez al accionante.

5.5.3. Copia del informe enviado por Saludcoop EPS a Colpensiones el 8 de octubre de 2012, informándole acerca del diagnóstico de la enfermedad padecida por el actor.

6. EXPEDIENTE T-4.104.548

6.1. ANTECEDENTES

El señor Luis María Amaya Orozco solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al mínimo vital y a la vida, presuntamente vulnerados por Colpensiones al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

6.2. HECHOS

6.2.1. Relata que la Junta Regional de Invalidez de Norte de Santander, mediante dictamen No. 1323 del 26 de marzo de 2009, lo calificó con una pérdida de la capacidad laboral del 51.54%, estructurada el 12 de septiembre de 2007.

6.2.2. Sostiene que la calificación se debió a que en su trabajo como agricultor independiente sufrió un accidente que le produjo daños irreparables a su salud.

6.2.3. Aduce que, por lo anterior, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a lo cual la entidad respondió de forma negativa mediante Resolución No. 0011461 del 25 de noviembre de 2009, argumentando que “deberá radicar la solicitud de pensión de invalidez ante la ARP a la cual se encontraba afiliado, quienes serán los encargados de decidir la prestación”, toda vez que se trataba de un accidente de trabajo.

6.2.4. Indica que nunca ha estado afiliado a una ARP y que los aportes al sistema de seguridad social siempre los ha hecho como trabajador independiente, por tanto, solicita al juez de tutela que ordene a Colpensiones el pago y reconocimiento de la pensión de invalidez.

6.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 6º Penal del Circuito de Cúcuta, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa; además, dispuso la vinculación del Instituto de Seguro Social en liquidación.

6.3.1. Instituto de Seguros Sociales en liquidación

6.4. DECISIONES JUDICIALES

6.4.1. Primera instancia – Juzgado 6º Penal del Circuito de Cúcuta

En fallo del 22 de mayo de 2013, el juzgado negó el amparo solicitado por el señor Amaya Orozco.

El juez consideró que el accionante cuenta con otros medios o recursos de defensa judicial a

los cuales puede acudir para reclamar sus derechos. Adujo que la acción de tutela no puede ser entendida como una instancia idónea para tramitar y decidir conflictos de rango legal.

6.4.2. Impugnación

El accionante señaló que la sentencia carece de motivación, pues “antes de la ley 1562 de 2013 existía vigencia del Decreto 2800 de 2003 el cual nos daba la opción a los trabajadores independientes de afiliarnos o no ha (sic) Riesgos Profesionales, es decir era a libre voluntad hacerlo, pero esto no indica que de no hacerlo, no existiría cubrimiento de la aseguradora, esta determinación no libraba a la aseguradoras (sic) en Salud y Pensión para no otorgar pensión”.

6.4.3. Segunda instancia - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Penal

El Tribunal confirmó la decisión del a quo mediante sentencia del 28 de agosto de 2013.

Adujo que el actor contaba con los recursos administrativos que ofrece la ley para desvirtuar la decisión de la entidad demandada. Al no hacerlo, resulta imposible ventilar dicho asunto a través de la acción de tutela, toda vez que este es un mecanismo excepcional para evitar un perjuicio irremediable.

6.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

6.5.1. Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

6.5.2. Copia de la Resolución No. 0011461 del 25 de noviembre de 2009, por la cual el ISS negó la pensión de invalidez al actor.

6.5.3. Copia del dictamen de calificación de invalidez expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, fechado el 26 de marzo de 2009.

6.5.4. Copia del resumen de semanas cotizadas por el accionante, expedido por Colpensiones.

6. EXPEDIENTE T-4.105.729

7.1. ANTECEDENTES

Mediante apoderado, el señor Jhon Fredy Rodríguez Medina solicitó al juez constitucional la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

7.2. HECHOS

7.2.1. Relata el apoderado que actualmente el señor Jhon Fredy cuenta con 35 años de edad, es casado y su núcleo familiar lo componen su esposa y tres hijos menores de 18 años.

7.2.3. Afirma que reside en la ciudad de Neiva en la "INVASIÓN VILLA FERRY", donde ha permanecido los últimos 6 años.

7.2.4. Sostiene que el 15 de febrero de 2011, su prohijado sufrió un accidente de tránsito que le ocasionó un grave trauma craneoencefálico, lo cual le produjo pérdida de la capacidad laboral del 66.05%, estructurada ese mismo día, según dictamen proferido el 31 de agosto de 2011 por la Junta Médico Laboral de Seguros Alfa.

7.2.5. Señala que tras el dictamen, su prohijado solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, entidad que, mediante comunicación del 24 de mayo de 2012, negó la misma con el argumento de que el actor no acreditó "las 50 semanas requeridas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración es decir 15 de febrero de 2011, pues únicamente contaba con 47.85 semanas entre el día 15 de febrero de 2008 y el 15 de febrero de 2011 cotizadas al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, luego del traslado que realizo (sic) el fondo de pensiones a COLFONDOS, contando con un total de 71 semanas cotizadas a los fondos de pensiones, adicionalmente cuenta con 10 años y ocho meses como soldado profesional, sumando un total de 619 semanas cotizadas".

7.2.6. Indica que el trauma cráneo encefálico derivado del accidente de tránsito ocasionó cambios en el comportamiento de Jhon Fredy, produciéndole, además, dificultad en el

lenguaje, limitación motora e irritabilidad en determinadas situaciones familiares. Por tal situación, aduce que la esposa del accionante no ha podido laborar en tanto se encarga de su cuidado, situación que los deja en precarias condiciones económicas.

7.2.7. Así entonces, solicita al juez de tutela que ordene al Fondo de Pensiones Porvenir que reconozca y pague en favor del accionante la pensión de invalidez, pero bajo las condiciones del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por ser más favorable que el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, sin importar que la invalidez se estructuró en vigencia de esta última.

7.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 2º Civil Municipal de Neiva, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

7.3.1. Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El representante judicial de la entidad sostuvo que no ha vulnerado o amenazado los derechos fundamentales del accionante, por lo que solicitó declarar improcedente el amparo deprecado.

En su escrito, explicó en qué consiste la pensión de invalidez y los requisitos que debe cumplir el afiliado para poder acceder a ella. Así, partiendo de los supuestos normativos que rigen dicha prestación económica, y contrastados con la situación del accionante, la entidad concluyó que, en efecto, este no cotizó las 50 semanas durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Para reforzar este argumento, citó sentencias de la Corte Constitucional, relacionadas con el cumplimiento del requisito de las 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Hechas estas consideraciones, concluyó que no ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor John Fredy Rodríguez, en tanto este no cumplió los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de invalidez.

7.4. DECISIONES JUDICIALES

7.4.1. Primera instancia – Juzgado 2º Civil Municipal de Neiva

En fallo del 2 de julio de 2013, declaró improcedente el amparo solicitado por el accionante.

El juez consideró que el accionante cuenta con otro medio de defensa para reclamar la pensión de invalidez solicitada a través del mecanismo de amparo, debiendo recurrir a la jurisdicción ordinaria o agotando los recursos de la vía gubernamental para desvirtuar las resoluciones que negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez.

7.4.2. Impugnación

El apoderado del accionante impugnó la sentencia solicitando su revocatoria y, en consecuencia, la protección de los derechos fundamentales de su prohijado.

El escrito contiene diversas citas jurisprudenciales relacionadas con la protección constitucional reforzada de las personas discapacitadas o con alguna enfermedad grave y con la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones. A partir de ello, adujo que el accionante padece secuelas del accidente lo cual lo hace altamente vulnerable y, por tanto, el mecanismo de amparo es el idóneo para proteger sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna.

El Tribunal confirmó la decisión del a quo mediante sentencia del 13 de agosto de 2013.

En sus consideraciones señaló que la acción de tutela interpuesta por el accionante carecía del requisito de subsidiariedad, por lo que en el presente caso sí existe otro mecanismo de protección judicial.

7.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

7.5.1. Registro Civil de Nacimiento del accionante.

7.5.2. Comunicaciones expedidas el 9 y 24 de mayo de 2012, por el Fondo de Pensiones y

Cesantías Porvenir, informándole al accionante que no es posible otorgarle la pensión de invalidez por cuanto no cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

7.5.3. Copia del dictamen de pérdida de la capacidad laboral expedida por Seguros de Vida Alfa S.A.

7.5.4. Copia del certificado de salarios expedido por Ministerio de Defensa Nacional el 12 de febrero de 2013.

7.5.5. Copia de la historia clínica del accionante, expedida el 11 de diciembre de 2012 por la Corporación Huila I.P.S.

7.5.6. Copia del diagnóstico de la Junta de Valoración de la Clínica de la Memoria del Huila, realizado el accionante el 28 de noviembre de 2012.

8. EXPEDIENTE T-4.106.628

8.1. ANTECEDENTES

El señor John Henry Rincón Rueda interpuso acción de tutela en contra de Protección Pensiones y Cesantías, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y a la salud, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

8.2. HECHOS

8.2.1. Sostiene que en marzo de 2012 ingresó a laborar como Auxiliar de Farmacia en la empresa Alianza Cooperativa de Trabajo Asociado.

8.2.2. Indica que en razón a la relación laboral antes mencionada, pudo vincularse al sistema de seguridad social en la siguiente forma: “Salud con la NUEVA EPS; ii) Riesgos profesionales en SURA - ARL y iii) Pensiones en PROTECCIÓN - PENSIONES Y CESANTÍAS desde el año 2011”.

8.2.3. Relata que por padecer una enfermedad degenerativa como diabetes aguda, perdió la totalidad de su visión y padece de insuficiencia renal crónica.

8.2.4. Señala que por lo anterior, la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. lo calificó con pérdida de la capacidad laboral del 79.25%, de origen común y con fecha de estructuración del 20 de octubre de 2012, dictamen del cual fue notificado el 14 de marzo de 2013.

8.2.5. Afirma que con fundamento en la calificación, solicitó a Protección Pensiones y Cesantías el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a lo cual respondieron en forma negativa mediante comunicación del 24 de abril de 2013, argumentando que no reunía el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En tal sentido, la entidad explicó que si bien el actor cuenta con 66.86 semanas cotizadas al sistema de seguridad social, en los últimos 3 años tan sólo realizó el aporte correspondiente a 43.76 semanas.

8.2.6. A su juicio, la aplicación de la Ley 860 de 2003 por parte de la entidad accionada desconoce la obligación estatal de protección de las personas en situación de discapacidad. Por ello, solicita al juez de tutela que inaplique la misma por inconstitucional y ordene el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

8.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa. Además, vinculó de manera oficiosa a Alianza Cooperativa de Trabajo Asociado, Nueva EPS y Sura ARL.

8.3.1. Nueva EPS

La EPS consideró que al no ser la encargada del pago y reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el accionante mediante la acción de tutela, existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad. Por tal razón, pidió ser

desvinculada de la actuación.

8.3.2. Protección Pensiones y Cesantías

La entidad manifestó que en caso de llegar a ser condenada a pagar alguna prestación económica en favor del accionante, esta sea de manera transitoria por un lapso de 4 meses, mientras acude a la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, reiteró los argumentos según los cuales el actor no cumplía el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los 3 años previos a la fecha de estructuración de la invalidez, razón inicial por la que negó el reconocimiento y pago de dicha pensión.

8.3.3. Alianza Cooperativa de Trabajo Asociado

La Cooperativa solicitó ser desvinculada de la actuación de tutela, por cuanto la entidad que debe cumplir con la obligación de pagar y reconocer la pensión de invalidez al accionante es Protección S.A.

Además, informó que desde que el accionante ingresó a la cooperativa el 12 de marzo de 2012, hasta la fecha, Alianza CTA ha realizado las cotizaciones y pagos a Protección y a la Nueva EPS, y de igual modo ha pagado quincenalmente las compensaciones en la cuenta de nómina por un valor de \$589.500.

8.4. DECISIONES JUDICIALES

8.4.1. Primera instancia - Juzgado 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bucaramanga

Mediante sentencia del 11 de julio de 2013, el juzgado negó al amparo solicitado por el accionante.

En sus consideraciones manifestó que si bien el actor es sujeto de especial protección constitucional, no se le está vulnerando el mínimo vital, pues de las declaraciones de Alianza CTA, pudo colegir que recibe una consignación quincenal de \$589.500. Suma de dinero que le permite subsistir y sufragar sus gastos personales “máxime cuando es una persona soltera, sin hijos, quien, según lo contemplado en los informes de la sustentación de la calificación, vive con su madre en el apartamento de esta, cumpliendo la misma con

el principio de solidaridad al que se ven llamados los miembros de la familia de las personas que se encuentran inmersas en este tipos de situaciones”.

8.4.2. Impugnación

El actor solicitó revocar la decisión del a quo, por cuanto este no tuvo en cuenta su situación de discapacidad al momento de decidir.

8.4.3. Segunda instancia – Juzgado 8º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga

En sentencia del 22 de agosto de 2013, confirmó la decisión del a quo teniendo en consideración similares argumentos.

8.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

8.5.1. Copia de la comunicación expedida por Protección Pensiones y Cesantías el 24 de abril de 2013, informándole al accionante que no puede otorgarle la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

8.5.2. Copia del dictamen médico laboral expedido por la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., el 14 de marzo de 2013.

8.5.3. Copia del certificado de aportes en salud realizados por Alianza CTA en favor del accionante.

9. EXPEDIENTE T-4.109.091

Dada la enfermedad que padece este accionante (VIH/Sida), la Sala ha adoptado como medida de protección de su derecho a la intimidad y confidencialidad, suprimir su nombre de esta providencia y de toda futura publicación de la misma. Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, la información sobre las afecciones de la propia salud hacen parte de la esfera privada del individuo, y por ello no pueden constituirse en datos de dominio público[1]

9.1. ANTECEDENTES

Mediante apoderado, el señor Javier Enrique Sánchez Bermúdez interpuso acción de tutela en contra de Colpensiones, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, mínimo vital, vida digna y salud, tras negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Fundamentó su petición en los siguientes:

9.2. HECHOS

9.2.1. Sostiene que se afilió al sistema de seguridad social en el año 2002, cotizando para pensión en el ISS, lo cual hizo a lo largo de su vida laboral.

9.2.2. Afirma que padece VIH-Sida, empezando a sufrir trastornos severos para su salud en el año 2005, razón por la cual fue incapacitado por largos periodos.

9.2.3. Sostiene que el 20 de junio de 2011, fue calificado por Medicina Laboral del ISS, el cual le dictaminó pérdida de la capacidad laboral del 67.20%, a partir del 6 de noviembre de 1997.

9.2.4. Con fundamento en la calificación, el 16 de septiembre de 2011, el accionante presentó ante el ISS en liquidación -hoy Colpensiones- solicitud de pensión por invalidez ya que contaba con un total de 412,86 semanas cotizadas.

9.2.5. Mediante Resolución No. 044032 del 24 de noviembre de 2011, el ISS negó la solicitud del actor, por cuanto no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que para que el afiliado que no se encuentre cotizando pueda acceder a la pensión de invalidez, debe haber realizado aportes correspondientes a por lo menos 26 semanas durante el año inmediatamente anterior a la invalidez. Al comprobar tal supuesto, la entidad encontró que el accionante no contaba con ninguna semana cotizada antes del 6 de noviembre de 1997, fecha en que se estructuró la invalidez.

9.2.6. Manifiesta que frente a esta decisión presentó solicitud de revocatoria directa del acto administrativo, pero que hasta la fecha no ha obtenido respuesta.

9.2.7. Sostiene que al no contar actualmente con la pensión de invalidez, no ha podido acceder a los servicios de salud para continuar el tratamiento de su enfermedad que, según señala, es terminal; lo cual hace que se pongan en peligro derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital, siendo oportuna la intervención del juez de tutela para que determine el grado de protección de sus derechos.

9.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El escrito de tutela correspondió por reparto al Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de contradicción y defensa.

No se obtuvo respuesta alguna por parte de la accionada.

9.4. DECISIONES JUDICIALES

Mediante sentencia del 31 de julio de 2013, el juzgado concedió el amparo solicitado por el actor, en lo referido a que el ISS no había dado respuesta a la acción de revocatoria directa de acto administrativo, razón por lo cual la protección se circunscribió únicamente respecto del derecho fundamental de petición.

9.4.2. Impugnación

El actor manifestó su inconformidad con la decisión tomada por el a quo, indicando que la acción de tutela no tenía por finalidad la protección del derecho de petición, sino la garantía de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la salud.

Así pues, afirmó que la tutela es procedente en su caso por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, respecto de quienes la Corte Constitucional se ha pronunciado en innumerables ocasiones concediendo la protección solicitada.

Por otro lado, aseguró que cumple con los requisitos exigidos por ley para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, toda vez que la fecha de estructuración que debe tenerse en cuenta es la del día en que se produjo la calificación y no la del año 1997, pues desde esta última fecha hasta que cesó en sus labores pudo cotizar más de las semanas necesarias para acceder al beneficio pensional, sin que las mismas fueran tenidas en cuenta

por la entidad accionada.

9.4.3. Segunda instancia - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Laboral

En sentencia del 18 de septiembre de 2013, confirmó la decisión inicial. El Tribunal consideró que el accionante no logró demostrar en qué consistía el perjuicio irremediable que podía acarrearle la negativa de la entidad accionada frente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Asimismo, adujo que existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el actor para controvertir la decisión del ISS, como la vía laboral ordinaria, que son procesos con plena garantía de contradicción, argumentación y defensa para todas las partes.

9.5. PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

9.5.1. Copia del dictamen emitido por la Comisión Médico Laboral del ISS el 20 de junio de 2011.

9.5.2. Copia de la Resolución No. 044032 del 24 de noviembre de 2011, expedida por el Instituto de Seguro Social.

9.6. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

9.6.1. En auto proferido el 4 de febrero de 2014, el Magistrado sustanciador ordenó poner en conocimiento de Colpensiones los expedientes T-4.041.383, T-4.042.445, T-4.051.645, T-4.102.779, T-4.102.841, T-4.104.548 y T-4.109.091. Asimismo, solicitó a la entidad copia de las resoluciones que resolvieron la solicitud pensional de cada uno de los accionantes de las mencionadas acciones de tutela.

De otro lado, ordenó a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección Pensiones y Cesantías que informaran cuál era el criterio normativo aplicado al momento de resolver una solicitud de pensión de invalidez, cuando el afiliado padece una enfermedad degenerativa que le permite seguir cotizando al sistema por un tiempo determinado, inclusive, con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral señalada por la respectiva

junta médica.

Finalmente, envió copia de dicha providencia al Ministerio de Protección Social, a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación, a Asofondos y a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, para que manifestaran los que consideraran pertinente.

En respuesta se recibieron los siguientes escritos:

9.6.1.1. Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

La Gerente Nacional de Defensa Judicial de la entidad remitió copia de los actos administrativos con los que negó la solicitud de pensión de invalidez de cada uno de los accionantes, en los expedientes donde es parte accionada.

En cuanto a la información relacionada con el criterio normativo usado por esa entidad para resolver solicitudes de pensión de invalidez en casos donde el afiliado padece una enfermedad degenerativa, señaló que el procedimiento inicial consistía en verificar el cumplimiento de los requisitos legales a partir de la fecha de estructuración de la enfermedad, la cual se fija con base en el Manual de Calificación de Invalidez -Decreto 917 de 1999-, sin tener en cuenta los aportes que se hicieron con posterioridad a esta fecha. Ahora, el nuevo criterio, acogido a partir de enero del presente año y el cual se encuentra en proceso de implementación es el siguiente:

(i) Aclaró que la discusión se centra en la capacidad laboral que conservan los asegurados que padecen enfermedades progresivas, la cual les permite realizar cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral (igual o superior al 50%). Dicha capacidad posibilita laborar y realizar aportes al Sistema General de Pensiones, aún después de la aludida fecha de estructuración.

(ii) En razón de lo anterior afirmó que, para los casos de enfermedades progresivas el parámetro de referencia, no será la fecha de estructuración de la invalidez fijada con base en el Manual de Calificación de Invalidez, sino la fecha en que se emite el dictamen médico que declara la pérdida de la capacidad laboral en forma permanente y definitiva, debido al agravamiento de la enfermedad progresiva la cual no le permite continuar laborando.

(iii) Indicó que esta posición implementa por parte de Colpensiones con base en los

principios elaborados por la Corte Constitucional en relación con el estudio de enfermedades congénitas, degenerativas y catastróficas. Por ello, introdujo el concepto de la capacidad laboral residual, fijado por esta Corporación.

(iv) En este orden de ideas, señaló que las mesadas deberán cancelarse a partir de la fecha en que se emite el dictamen que declara la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%. Para la aplicación de este criterio, la entidad ha establecido las siguientes reglas:

“a. Existencia en cabeza del asegurado de una deficiencia de origen congénito o adquirida, por enfermedad o accidente; ambos de origen común, la cual tendrá como requisitos: (i) presencia de la deficiencia antes de cumplir con la edad mínima para trabajar y (ii) habilitación ocupacional y social del individuo. Dichas deficiencias se tendrán en cuenta para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral residual de acuerdo con los parámetros del Manual Único de Calificación (Decreto 917 de 1999).

b. El individuo que, en edad económicamente activa presenta un estado de invalidez por enfermedad de origen común o accidente, y gracias a su capacidad residual comienza a cotizar al sistema hasta que pierde dicha capacidad en razón del agravamiento de su deficiencia; o por haber aparecido otras, dichas deficiencias se tendrán en cuenta como pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral a partir de la fecha del dictamen que lo declaró inválido.

c. Para efectos de la revisión de requisitos legales (semanas) se tendrá en cuenta la fecha en que se emitió el dictamen de calificación, puesto que a partir de dicho momento se declara la pérdida permanente y definitiva de la pérdida (sic) de capacidad laboral”.

9.6.1.2. Porvenir S.A.

La representante legal de la entidad se refirió particularmente al expediente T-4.105.729, donde es parte demandada, y adujo que este caso no tiene que ver con que el accionante Jhon Fredy Rodríguez Medina haya solicitado la pensión de invalidez a causa de una enfermedad degenerativa, sino que su discapacidad se originó en un accidente de tránsito, a partir del cual se le dictaminó pérdida de la capacidad laboral del 66.05%, con fecha de estructuración el 15 de febrero de 2011.

Establecido lo anterior y en firme el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, indicó que procedió a verificar los requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión de invalidez, como son las 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de la invalidez, según lo establecido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En el caso concreto, la entidad encontró que el tutelante solo había cotizado 47 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, esto es, el 15 de febrero de 2011, razón por la cual negó la prestación solicitada.

En seguida, respondió al cuestionamiento formulado por esta Corporación en torno al criterio normativo con el cual analizaban el reconocimiento de la pensión de invalidez a personas que padecen enfermedades degenerativas, lo cual hizo en los siguientes términos:

“... informamos que una vez los afiliados radican ante esta Administradora solicitud de prestación económica por invalidez son evaluados por la aseguradora con la que se tiene contratado el seguro previsional.

De esta manera la Aseguradora es quien determina la conducta a seguir, esto es, si el afiliado cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación se posterga el trámite de calificación y se reconoce al afiliado un subsidio equivalente al que venía recibiendo en la EPS por concepto de incapacidades hasta por 180 días. Por el contrario, si una vez evaluado el afiliado, se conceptúa médicamente que el mismo no cuenta con un buen pronóstico de rehabilitación debe proceder con la calificación de sus secuelas y determinar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del afiliado para de esta manera establecer si el mismo es invalido o no”.

Señaló que, posteriormente, definido el porcentaje de capacidad laboral, y siempre y cuando este sea igual o superior al 50%, analiza si cumple o no con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

En cuanto a la fecha de estructuración, hizo alusión al artículo 3º del Decreto 917 de 1999, el cual define qué se entiende por tal. A partir de ello, concluyó que la ley no permite realizar distinciones en los casos en los cuales la enfermedad es de carácter degenerativo, sino que contempla una regla general y única, que es la del cumplimiento de las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez. En

consecuencia, afirmó que “aquellas semanas cotizadas por el afiliado con posterioridad a la fecha de estructuración de la enfermedad no pueden ser tenidas en cuenta para la definición de una pensión”, no obstante, las mismas serán objeto de devolución o se tendrán en cuenta en caso de que la persona decida continuar cotizando para acceder a la pensión de vejez.

Justificó esta posición en el hecho de que cuando el afiliado ha realizado aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, la aseguradora niega la cobertura con el argumento de que en la legislación colombiana no existe un precepto que permita efectuar aportes con efectos retroactivos. A su juicio, lo anterior significa que “los aportes realizados después de la estructuración del estado de invalidez de un afiliado, no le reviven la cobertura del seguro previsional, toda vez que de acuerdo con la teoría del riesgo, este se debe cubrir antes de la ocurrencia del siniestro”.

9-6.1.3. Protección Pensiones y Cesantías S.A.

En general, la entidad reiteró los mismos argumentos expuestos por Porvenir S.A., en cuanto a la imposibilidad de reconocer las semanas que se cotizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

9.6.2. Debido a que no se recibieron todos los informes solicitados en el auto del 4 de febrero de 2014, mediante nueva providencia, fechada el 4 de marzo del mismo año, el suscrito Magistrado Sustanciador ordenó requerir nuevamente a las entidades que no habían allegado los documentos necesarios y, asimismo, ordenó la vinculación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y las juntas regionales de calificación de invalidez de Antioquia, Bogotá, Risaralda y Norte de Santander, a quienes se les indagó por los criterios utilizados para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos donde el afiliado padece una enfermedad degenerativa. Finalmente, mientras se allegaban estas pruebas, los términos para decidir fueron suspendidos.

En respuesta a lo anterior, se recibieron los siguientes escritos:

9.6.2.1. Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías - Asofondos-

El presidente de Asofondos inició su escrito con un breve recuento de cómo funcionan los regímenes de ahorro individual y de prima media en materia de reconocimiento de la pensión de invalidez, y cuáles normas regulan esta prestación y los requisitos que se exigen para acceder a ella.

Seguidamente, evidenció que en este no han sido amparadas aún por una modalidad de pensión de invalidez, las siguientes situaciones: "(i) quienes nunca han cotizado al Sistema General de Pensiones, aun cuando el legislador haya previsto subsidios y programas sociales para asegurar que aquellas personas que no tienen un medio para su auto sostenimiento o no cuentan con una familia que les provea para su manutención, cuenten con algún ingreso; y (ii) quienes desde su nacimiento o por razón de un accidente, son calificados como inválidos antes de iniciar su vida laboral, y aun cuando podrán cotizar para una pensión de vejez, no pueden solicitar que se les reconozca una pensión de invalidez por el siniestro que causó su invalidez (bien sea una enfermedad de origen común o un accidente no laboral) dado que este ocurrió en el pasado".

Manifestó que la mayor parte de las hipótesis aun no cobijadas por el legislador requieren de una modificación al sistema de seguridad social por parte del legislativo, en donde se incorpore al ordenamiento el enfoque social sobre la discapacidad que se promueve internacionalmente, realizando ajustes razonables para que todas las personas con discapacidad puedan acceder a la pensión de invalidez.

En tal sentido, resaltó que todas las normas legales y reglamentarias vigentes que regulan el régimen de seguridad social en pensiones y de aseguramiento provisional parten de una concepción médica de la invalidez y no incorporación de la visión social de la discapacidad, generando una tensión entre estas dos posturas, la primera apoyada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, la segunda, en la normatividad sobre la materia, las cuales, en su criterio, "impiden que los recursos parafiscales de la seguridad social sean aplicados por fuera de las hipótesis contempladas en las leyes o cierran la puerta para que operen los seguros previsionales que amparan el riesgo de invalidez".

De la jurisprudencia constitucional identificó varios fundamentos[2] que han servido a esta Corporación para ordenar el reconocimiento de una pensión de invalidez en las circunstancias excepcionales que enfrentan ciertas personas con enfermedades

degenerativas o crónicas que puedan generar la condición de invalidez que reconoce el ordenamiento legal. Cuestionó que estas reglas han sido aplicadas indiscriminadamente, generando un riesgo moral por parte de quienes no cumplen los requisitos legales para acceder a una pensión de invalidez, pero a propósito postergan la calificación con el fin de completar los requisitos mínimos.

Tras mencionar situaciones en las que algunos afiliados gestionan ilegalmente el reconocimiento de la pensión de invalidez a través de la acción de tutela, concluyó que cuando se aplica una regla jurisprudencial excepcional a casos no cobijados por los supuestos fácticos y jurídicos, con la finalidad de proteger población vulnerable, “se generó un riesgo moral e incluso una violación del derecho a la igualdad”. Afirmó que para estos casos y bajo las reglas actuales “el legislador no previó que tuvieran derecho a la pensión de invalidez, pero sí la posibilidad de que cotizaran para pensiones de vejez”. En consecuencia, solicitó que esta regla sea aplicada y clarificada de manera uniforme para asegurar la protección de las personas con discapacidad, del sistema pensional del riesgo moral y garantizar la suficiencia de recursos para pagar las pensiones de invalidez de quienes, según las normas vigentes, tienen derecho a ella.

9.6.2.2. Junta Nacional de Calificación de Invalidez

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez advirtió que el concepto presentado ante esta Corporación corresponde a un criterio científico de los médicos que componen esa institución, mas no se refiere a una decisión particular de los casos de tutela que se revisan, dado que en ninguno de ellos el dictamen de las respectivas juntas regionales de calificación fue apelado y puesto en su conocimiento.

Precisado lo anterior, basada en el Manual Único de Calificación de Invalidez, sostuvo que la fecha de estructuración corresponde “al último momento en que las limitaciones del paciente alcanzan tal gravedad que al ponderarse los porcentajes del Manual Único de Calificación, llega o supera el 50% de Pérdida de la Capacidad Laboral. Por definición del mismo manual, se excluyen las etapas iniciales de una enfermedad (...)”.

Afirmó que para las enfermedades que presentan una evolución, independientemente de su progresión hasta el punto de invalidez, la fecha de estructuración “no puede corresponder al inicio de los síntomas, ni al momento del primer diagnóstico, ni a las primeras referencias

médicas; sino que debe corresponder al tiempo en el cual se consolidan definitivamente las limitaciones y secuelas generadas por una condición clínica”.

Sostuvo que el aspecto definitivo de la invalidez se refiere a la necesidad de agotar los tratamientos y procedimientos médicamente pertinentes para procurar la recuperación y rehabilitación de la salud de la persona, pues gran parte de las enfermedades invalidantes pueden presentar remisión (ausencia temporal) o recuperación funcional pese a la afectación que en determinado haya podido presentar el paciente.

En los casos de enfermedades neoplásicas (cáncer), mentales, psicológicas y traumáticas, el proceso de rehabilitación puede permitir a las personas continuar sus ocupaciones diariamente, situaciones en las que solo puede establecerse su carácter invalidante y, por tanto, la fecha en que se estructura la invalidez, a partir de que se corrobora médicamente que las restricciones de la persona son irreversibles. En tal sentido, aclara que ello “NO puede establecerse en el inicio de una enfermedad ni en el momento mismo de sufrirse una lesión, sino cuando se agotan las posibilidades médicas de suministrar una recuperación al paciente”.

Respecto de personas que han ejercido actividad laboral posterior a la condición de invalidez, explicó que existen condiciones que implican restricciones funcionales que llevarían directamente a declarar la invalidez del paciente si se llegaran a aplicar los criterios del Manual Único de Calificación de Invalidez, aunque estos no sean calificados de manera inmediata, como sucede, por ejemplo, con las secuelas motoras de poliomielitis infantil.

Señaló que, en tales eventos, desde el punto de vista médico los pacientes ya tienen constituida una condición de invalidez, pero, ante la ley, “si fueran calificados en el momento de generarse la restricción definitiva, se asignaría el 50% o más de Pérdida de Capacidad Laboral; no obstante estas personas se sobreponen a la condición de invalidez y en muchos casos adquieren una formación profesional y aptitudes para ejecutar una labor remunerada. Han estado en condición de invalidez aunque esta no se ha declarado jurídicamente, y solo cuando sobreviene una complicación posterior a su pérdida llegan a necesitar la prestación pensional”. Así, estos pacientes han estado técnicamente inválidos la mayor parte de su vida, por tanto, cuando existe una capacidad laboral residual al

momento de la calificación, ella corresponderá al momento en que se consolidaron sus limitaciones según el dictamen, el cual se sustenta en criterios médicos bajo las reglas del Manual Único de Calificación de Invalidez. Allí es donde surge la problemática en torno al reconocimiento o no de las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, lo cual, asegura, “es un asunto eminentemente jurídico que obedece en forma exclusiva a las disposiciones legales que rigen el acceso a una pensión, todas ellas ajenas al carácter médico de las Juntas, y propias del marco legislativo, cuya resolución no puede depender (sic) desconocer los antecedentes médicos del paciente, sino subsanar el vacío normativo del Sistema General de Pensiones ante estas circunstancias”.

En otro caso hipotético, se refirió a los pacientes que habiendo aportado al sistema se desvinculan de este y posteriormente adquieren la condición de invalidez. Al respecto, sostuvo que en estos casos, por lo general, el afiliado no cumple con el número de semanas necesarias establecidas por la legislación para poder acceder a la pensión, debido a que dejó de cotizar mucho tiempo atrás por diferentes motivos, no obstante, sí reúne el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral requerido por la ley. Dicho esto, afirmó que estos son casos ajenos a las funciones y competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico a las juntas de calificación de invalidez, correspondiente a las administradoras de fondos de pensiones verificar el cumplimiento de las exigencias para acceder a la mencionada prestación por invalidez.

Finalizó su intervención analizando, desde el punto de vista médico, los casos de tutela que se revisan en esta providencia, realizando aportes y observaciones puntuales sobre el dictamen de pérdida de la capacidad laboral de cada uno de los accionantes, que por su extensión únicamente serán mencionadas, de ser necesarias, en el resolución de los casos concretos.

9.6.2.3 Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca

Un médico integrante de dicha junta regional de calificación de invalidez, respondió al interrogante formulado por esta Corporación sobre los criterios usados para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en casos donde el afiliado padece de una enfermedad degenerativa.

Al respecto, luego de precisar el concepto de enfermedades degenerativas, asimilándolas a

aquellas de carácter progresivo e incurables, explicó que el Manual Único de Calificación de la Invalidez no dispone de criterios distintos para establecer una fecha de estructuración para estos casos, pues ello responde únicamente al momento en el cual el médico valorador considera que perdió más del 50% de la capacidad laboral (en adelante PCL). En tal sentido, agregó que la PCL integra tres elementos: deficiencia, discapacidad y minusvalía, siendo el referente para el análisis integral de la discapacidad el de la deficiencia, “pues es un elemento técnico crucial que el mismo manual recoge, aquel que indica que debe existir coherencia entre la deficiencia, la discapacidad y minusvalía (toda vez que la minusvalía y la discapacidad son producidas por una deficiencia)”.

Aseguró que en su experiencia profesional, cuando la deficiencia es superior o igual al 30%, es probable que el diagnóstico general, sumando los elementos de discapacidad y minusvalía, superen el 50%. A modo de ejemplo, expuso los siguientes casos:

- a. Cáncer: “Cuando se documenta metástasis o recidiva (repetencia) se otorga deficiencia de 40%. Obsérvese que la fecha de estructuración de invalidez en este caso no es la fecha del diagnóstico del cáncer, sino aquella en la cual se documenta (mediante biopsia o imagen diagnóstica) la existencia objetiva de tal hecho”.
- b. Osteoporosis generalizada de la columna: “Se tendrá como fecha de estructuración de invalidez cuando se documente con fecha precisa de manera objetiva, la existencia de fracturas patológicas en columna vertebral (deficiencia 40%) y no aquella cuando se descubre la enfermedad”.
- c. Artrosis de rodillas, caderas o ambas: “Cuando el paciente aunque se sostiene de pie ya no puede caminar en concepto del MD tratante (deficiencia 30% a 45%)”.
- d. Artritis reumatoide: “Cuando se documenta con fecha exacta (por ejemplo mediante imágenes diagnósticas) la existencia de deformidades, desviaciones articulares o ambas. (Deficiencia de 30% a 45%)”.

9.6.3.4. Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander

Sobre el mismo interrogante, respondió así:

Cuando se trata de patologías degenerativas de tipo congénito y la calificación de invalidez

es para obtener la pensión, después de haber laborado y cotizado un número suficiente de semanas que le permitan el derecho a la pensión, se determina la fecha de estructuración como al fecha en la cual se califica al trabajador.

Si se trata de una enfermedad degenerativa o crónica, en la cual se deteriora la salud del trabajador proporcionalmente con el tiempo, la fecha de estructuración se determina cuando el afiliado pierde la capacidad de continuar laborando, fecha dada con fundamento en la historia clínica por las evaluaciones y conceptos de los médicos especialistas tratantes del afiliado. Cuando no exista ningún documento para determinar la pérdida de capacidad laboral como la historia clínica, y la misma no pueda ser aportada por el paciente, la fecha de estructuración será la del día de la calificación por parte de la junta.

Para el caso de un accidente de trabajo que genere secuelas que lleven a la invalidez, la fecha de estructuración se determinará el día de la ocurrencia del accidente.

Finalmente, si se trata de revisar una calificación dada previamente, la fecha de estructuración debe ser posterior a la primera, pues se supone que en la fecha que fue calificado inicialmente el afiliado no se encontraba inválido.

9.6.3.5. Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda

En relación con el mismo interrogante, respondió:

“De acuerdo a los conceptos de los médicos tratantes, exámenes paraclínicos de control y la historia natural de la enfermedad, que establecen las complicaciones y afectaciones de otros órganos, se determina en qué momento se pierde la capacidad funcional para continuar desempeñando un trabajo o arte habitual. En este instante se establece la fecha de estructuración de la invalidez.

Es el momento en que confluyen aspectos clínicos, paraclínicos que generan en el individuo un estado de limitación de tal forma que le impiden continuar desarrollando las labores propias del trabajo o que interfieren con las actividades habituales de la vida diaria”.

10. CONSIDERACIONES.

10.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

10.2. PROBLEMA JURÍDICO

De los antecedentes expuestos, la Sala observa un común denominador en todos ellos: la pensión de invalidez es negada porque los accionantes no cumplen los requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que exige al afiliado al sistema de pensiones una cotización mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Por ello, en términos generales, el problema jurídico consiste en determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de los accionantes, al no reconocerles la pensión de invalidez debido a que no reúnen los requisitos del artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Sin embargo, aunque este es el principal argumento en el que las entidades accionadas se basan para negar la pensión de invalidez, existen razones específicas por la que los accionantes no han logrado cumplir el mencionado requisito. La Sala ha identificado esos motivos y los ha asociado al o los expedientes respectivos en la siguiente forma:

(i) El afiliado cuenta con un considerable número de semanas cotizadas, pero ninguna de ellas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, razón por la que pide aplicar el principio de favorabilidad. Expedientes: T-4102779, T-4102841, T-4105729 y el T-4106628.

(iii) El afiliado sufrió un accidente de trabajo y nunca se afilió al Sistema General de Riesgos Profesionales, por lo que la invalidez no la cubre el Sistema General de Pensiones, dado que esta solo ampara las discapacidades derivadas de enfermedades de origen común. Expediente: T-4104548.

Por ello, además del problema jurídico general, corresponde a esta Sala determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de los accionantes, al negarles el reconocimiento de la pensión de invalidez por cada uno de las razones previamente expuestas.

Así entonces, para resolver el anterior problema jurídico la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación frente a los siguientes temas: primero, la procedencia de la acción de tutela para exigir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales; segundo, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez conforme a las reglas establecidas por la Ley 860 de 2003 y la aplicación del principio de favorabilidad; tercero, la garantía del derecho a la seguridad social cuando la estructuración de la invalidez se define retroactivamente en los casos de enfermedades crónicas o degenerativas y, finalmente, resolverá el caso concreto.

10.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EXIGIR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

La acción de tutela es el mecanismo de protección constitucional por excelencia. Permite a los ciudadanos acudir, sin ningún tipo de formalidad, a cualquier juez de la República para solicitar la protección de los derechos fundamentales que considere vulnerados por la acción u omisión de alguna autoridad pública o de un particular.

No obstante su valor agregado como mecanismo informal al alcance de todos, para que proceda deben reunirse ciertos presupuestos que el Constituyente diseñó para evitar incurrir en una práctica abusiva del mencionado recurso. En primer lugar, debe interponerse dentro de un término razonable desde el momento en que ocurrió el presunto hecho vulnerador de derechos, con lo que se cumple el requisito de inmediatez señalado por la jurisprudencia constitucional, permitiendo establecer que la protección solicitada es urgente y merece la intervención del juez de tutela. En segundo lugar, por tratarse de un mecanismo subsidiario, no resulta procedente su estudio si antes la persona no ha agotado los medios ordinarios de defensa a través de los cuales también puede exigir la protección de sus derechos; la acción de tutela no puede suplir o reemplazar los diferentes recursos y acciones que ofrece el ordenamiento jurídico, por ello, es esencial que su interposición se haga una vez se hayan agotado aquellos. Finalmente, frente a este último requisito, el

artículo 86 Superior consagra una excepción, pues permite que la acción de tutela proceda de manera transitoria cuando los derechos fundamentales cuya protección se invocan están bajo riesgo o amenaza de perjuicio irremediable.

En razón a estas características, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para exigir el reconocimiento y pago de una determinada prestación pensional, toda vez que primero debe agotarse la vía gubernativa ante la administración y, posteriormente, la justicia ordinaria, en caso de que la negativa por parte de la entidad sea confirmada.

La idoneidad de los otros mecanismos de protección debe ser analizada en cada caso concreto y respecto de los derechos fundamentales cuya protección se reclama. Ello con fundamento en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, en el que se establece que la existencia de otro medio de defensa judicial “será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos casos en los cuales se demuestra que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos no resultan idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Al respecto, esta Corporación ha establecido dos reglas importantes al momento de realizar el estudio de procedibilidad de la acción cuando uno de los beneficiarios es considerado sujeto de especial protección, como las personas con discapacidad. En este sentido ha establecido que:

“...las pruebas deben permitir establecer dos reglas importantes en el análisis de la procedencia de la acción de tutela. La primera, busca asegurar la eficacia de los derechos fundamentales del sujeto que a pesar de encontrarse en una grave situación originada en el no reconocimiento de su derecho pensional, cuyo derecho está acreditado, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que apoya su petición, lo cual afectaría derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, este requisito traza un claro límite a la actuación del juez de tutela, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales se demuestre la reunión de las exigencias legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes,[3]pero que

requieran la intervención urgente del juez constitucional.

Ahora bien, si de la evaluación que se haga del caso se deduce que la acción es procedente, la misma podrá otorgarse de manera transitoria o definitiva. Será lo primero si la situación genera un perjuicio irremediable, siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción, decisión que tiene efectos temporales[4]. Y procederá cómo (sic) mecanismo definitivo si se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente para dirimir la controversia resulta ineficaz al no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida [5](Negrilla fuera de texto)"[6]

Es decir que, en el estudio de la procedibilidad del amparo tutelar frente a un sujeto de especial protección, lo primordial es asegurar la eficacia de los derechos más inherentes al ser humano y del mismo modo determinar sin lugar a dudas que el peticionario en realidad cumple con el lleno de los requisitos para acceder a la pensión. Lo anterior, habilitaría al juez constitucional para abordar el estudio de la negativa de su reconocimiento por la autoridad administrativa, como un asunto de relevancia constitucional por los derechos fundamentales que estarían en riesgo de ser transgredidos.

10.4. LA PENSIÓN DE INVALIDEZ COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

El artículo 48 de la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable que debe ser garantizado a todos los colombianos en forma de servicio público obligatorio, administrado por el Estado y otorgado bajo los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. A partir de esta norma, la jurisprudencia ha conceptualizado la seguridad social como aquel "conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano"[7]

En desarrollo del anterior precepto constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, adoptando el Sistema General de Seguridad Social colombiano, cuyo objetivo específico es amparar a los ciudadanos contra las contingencias que afecten su salud y su situación

económica. Para lograr este objetivo, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en salud, (ii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iii) el Sistema General de Pensiones. Por ser relevante para los casos que se revisan, la Sala abordará este último, particularmente, la pensión derivada de la invalidez.

Para la Corte Constitucional, la pensión de invalidez es una garantía del derecho a la seguridad social, por lo tanto, el derecho a esta pensión también tiene el carácter de fundamental, pues a través de ella el trabajador puede ver protegido su mínimo vital cuando eventos incapacitantes disminuyen su capacidad laboral, y por ello no pueden desarrollar actividades que le reporten un ingreso económico constante.

En tal sentido, según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de la capacidad laboral”.

A su vez, el artículo 39 ibídem consagra que las personas declaradas inválidas conforme al precepto anterior pueden acceder a la pensión por esta causa siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

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

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

Esta norma fue modificada posteriormente por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en la que se aumentó el periodo de cotización, así como el número de semanas que deben ser aportadas. Al respecto, estableció las siguientes condiciones:

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

de la primera calificación del estado de invalidez.

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

Esta reforma fue objeto de control abstracto de constitucionalidad mediante sentencia C-428 de 2009[8], en donde esta Corporación declaró exequible su contenido salvo los apartes arriba subrayados pues consideró que los mismos eran contrarios al principio de progresividad y prohibición de regresividad, toda vez que el requisito de fidelidad allí exigido, constituía una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez, además, no se advirtió “una conexión entre el fin previsto por la norma –la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma”.

De modo que, actualmente, para acceder a la pensión de invalidez por causa común o por accidente, las únicas exigencias son haber cotizado un mínimo de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez y estar calificado con un 50% o más de pérdida de la capacidad laboral.

10.4.1. Aplicación del principio de favorabilidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez

De acuerdo con los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en el deber que tiene el operador jurídico de optar por la situación más favorable al trabajador cuando existe duda en la aplicación e interpretación de las normas vigentes aplicables al caso concreto que debe resolver.

En este sentido, la sentencia SU-1185 de 2001, manifestó lo siguiente:

“En el ámbito de conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador

jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco entrar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o trasgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley (...)"

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varias subreglas a seguir por parte del operador jurídico en relación con el reconocimiento de una verdadera situación en donde dos o más interpretaciones normativas pueden ser aplicadas en la solución de un caso concreto.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional ha resuelto casos de tutela en donde, salvaguardando principios constitucionales y derechos fundamentales, ha inaplicado la norma que en principio regularía la situación de quien solicita la pensión de invalidez y, en cambio, ha optado por aplicar normas anteriores que le resultan más favorables.

Así entonces, para el reconocimiento de la pensión de invalidez, debe tenerse en cuenta la fecha de estructuración de la misma, toda vez que de ello depende la norma que es aplicable, y en caso de que resulte que esta es desfavorable o regresiva frente a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, es preciso verificar si se cumplen los requisitos establecidos por una norma anterior con la cual se pueda acceder al beneficio pensional.

10.4.1.1. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado un precedente amplio sobre la materia, teniendo en cuenta el momento en que se estructuró la invalidez.

Así por ejemplo, en relación con la aplicación favorable de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con respecto de su norma modificatoria, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pueden consultarse las sentencias T- 1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-699A de 2007, T-018 de 2008, T-145 de 2008, T-299 de 2010 y T-576 de 2013.

En la sentencia T-1291 de 2005[9], la Corte abordó el caso de una mujer de 29 años con invalidez del 69,05% a causa de una enfermedad cerebro vascular, con fecha de

estructuración del 28 de enero de 2004. Debido a su condición, había solicitado el reconocimiento y pago de la correspondiente prestación pensional al fondo privado al que había cotizado, obteniendo respuesta negativa por cuanto no cumplía el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, vigente desde el 29 de diciembre de 2003, modificadorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que solo exigía 26 semanas en cualquier tiempo antes de la estructuración de la invalidez.

En esa oportunidad, esta Corporación destacó que aplicarle a la peticionaria el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, resultaba regresivo y contrario al principio de progresividad de las normas sociales y, por tanto, consideró que dicha norma debía inaplicarse según lo establecido por el artículo 4º de la Constitución Política. La razón que sustentó la anterior decisión, se fundamentó en que para este caso resultaba menos gravoso las disposiciones anteriores que las actuales, sumado a la circunstancia de que el cambio legislativo no previó ningún régimen de transición que salvaguardará las expectativas legítimas de quienes cumplían los requisitos para acceder a la pensión de invalidez y dada la especial situación de vulnerabilidad de la accionante.

10.4.1.2. Asimismo, en múltiples oportunidades, esta Corporación ha aplicado el Decreto 758 de 1990 (que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año) para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la estructuración de la invalidez se dio en vigencia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, e incluso, de la Ley 860 de 2003.

A manera de ejemplo, en la sentencia T-1064 de 2006[10], la Corte resolvió el caso de una persona de 45 años de edad, quien bajo el diagnóstico de VIH-Sida había desarrollado una enfermedad reumatológica por la cual se le dictaminó pérdida de la capacidad laboral en un 70,90%, con fecha de estructuración del 2 de agosto de 1997. El Fondo de Pensiones respectivo le negó la pensión de invalidez argumentando que no cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, vigente para el momento en que se estructuró la invalidez, ya que solo contaba con 4 de las 26 semanas exigidas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez, a pesar de que había cotizado 242.86 semanas al ISS entre los años 1979-1996 y 113.57 semanas a la entidad accionada (BBVA Pensiones) entre 1995 y 2004.

Antes de resolver el tema de fondo, la Corte constató en este caso que el accionante se encontraba en un precario estado de salud, que en razón a su discapacidad no podía conseguir trabajo alguno, y que carecía de recursos económicos para sobrevivir, por lo que su afiliación al sistema de salud era costeadada por amigos y familiares.

“La brevedad del lapso de tiempo (1) año establecido en la Ley 100 de 1993, como factor temporal como ecuación para la sostenibilidad financiera y acceso a determinada prestación en el Sistema General de Pensiones, se convierte en una medida regresiva frente a la amplitud de tiempo otorgado bajo el régimen pensional anterior que estableció el término de 6 años con una cotización de 150 semanas, requisitos que en su conjunto cumple el actor y que le hacen merecedor del reconocimiento de la pensión de invalidez”.

(...)

“Por tanto, atendiendo la relevancia constitucional que asume este asunto, la Sala de Revisión en observancia del artículo 4 de la Constitución, sin que con ello aplique la favorabilidad laboral, procederá al a aplicación directa del texto constitucional haciendo efectivas las disposiciones constitucionales encontradas violadas, para que BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., proceda a reconocer inmediatamente la pensión de invalidez al actor sin más objeciones”.

A lo anterior se agregó una cita de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se indicó que conforme al derecho a la seguridad social y los principios que lo inspiran como la eficiencia, la integralidad, la universalidad y la solidaridad, “es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiado”.

En igual sentido, en la sentencia T-299 de 2010[11] se estudió el caso de una persona cuyo

dictamen laboral arrojó una pérdida de la capacidad laboral del 64,7%, con fecha de estructuración del 30 de abril de 2001. El ISS, entidad accionada en esa oportunidad, negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por considerar que no reunía los requisitos contemplados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, toda vez que únicamente contaba con 8 semanas de las 26 exigidas dentro del último año anterior a la estructuración de la invalidez, a pesar de que en su historia laboral acreditaba un total de 522 semanas, de las cuales 474,86 fueron cotizadas antes del 1º de abril de 1994, cumpliendo las exigencias del Decreto 758 de 1990.

Para la Corte, la decisión adoptada por el ISS al aplicar la Ley 100 de 1993 frente a la solicitud pensional, resultaba poco garantista y fue considerada como regresiva, generando una inequidad que no fue advertida por los jueces de tutela, “pues resulta paradójico que al peticionario, cotizando más de 400 semanas bajo el régimen anterior, no le sea reconocida la prestación económica por ausencia de cotización de 26 semanas en el último año”. En razón a ello, ordenó al ISS expedir una nueva resolución para resolver la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez, pero aplicando el Decreto 758 de 1990.

Recientemente, en un caso acumulado de tutela contra providencias judiciales, como el que se revisa, la Corte profirió la sentencia T-576 de 2013[12], en la cual resolvió la situación de dos ciudadanos que habían solicitado ante los jueces de la República, que se ordenara a la administradora de pensiones accionada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, toda vez que la misma les había sido negada, en el primer caso, bajo el argumento de no haber cumplido el requisito de haber cotizado 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y, en el segundo, por no haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Esta Corporación concluyó, en el primer caso, que la autoridad judicial demandada había incurrido en el defecto de desconocimiento del precedente jurisprudencial aplicable al caso, como una manifestación del defecto sustantivo, pues encontró injustificada la decisión de “negar la pensión de invalidez a un afiliado que ha cotizado un número significativo de semanas bajo el anterior régimen en pensiones, pero que por un cambio de legislación, no cumple con el número de semanas exigidas en la nueva normativa al momento de exigir el

reconocimiento de su pensión porque cumple con los demás requisitos". Por tanto, procedió a inaplicar las normas de la Ley 100 de 1993 y analizó el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Decreto 758 de 1990, encontrando que cumplía a cabalidad con ellos, ya que había cotizado 263 semanas antes del 1º de abril de 1994.

En el segundo caso, la Corte procedió en igual sentido, inaplicando la norma regresiva y dando paso a la verificación de los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, concluyendo que sí se cumplían tales exigencias.

Dado que se trataba de sujetos de especial protección constitucional ante la condición de debilidad manifiesta generada por la invalidez, la citada sentencia no siguió la tradicional fórmula de solución adoptada cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, donde la orden está generalmente encaminada a que la autoridad judicial accionada profiera una nueva decisión acatando las razones de esta Corporación. Ello, porque estimó que someterlos a una nueva espera, resultaba desproporcionado frente a la vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes. Así entonces, en procura de la protección inmediata de las garantías constitucionales en cabeza de ellos, ordenó directamente a la entidad administradora de pensiones proferir la correspondiente resolución en donde les reconozca el pago de la pensión de invalidez, aplicando para el efecto lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Conforme al precedente jurisprudencial expuesto, la Sala puede concluir que, en principio, resultan legítimos y ajustados a derecho los actos de los operadores jurídicos y de las administradoras de pensiones en donde aplican la norma pensional vigente al momento en que se estructuró la invalidez; no obstante, en determinados casos, ello podría vulnerar la Constitución Política y el principio de progresividad dispuesto en el artículo 48 ibídem.

Así entonces, la no aplicación de la norma vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez y, en su lugar, la aplicación de una norma anterior, se sustenta en la situación particular del solicitante de la cual se debe derivar: a) si frente al caso específico, el tránsito legislativo fue más gravoso o regresivo para el accionante en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, esto es, si se vulneró el principio de progresividad; b) si cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo el régimen anterior y c) si el peticionario quien es un sujeto de especial protección constitucional en razón de su

discapacidad se encuentra en una situación grave que implique una vulneración ostensible de su derecho al mínimo vital.

10.5 ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ CUANDO ESTA SE DERIVA DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, DEGENERATIVAS O CONGÉNITAS

La Corte ha considerado que negar la pensión de invalidez bajo estas circunstancias constituye un trato discriminatorio frente a las personas con discapacidad y, además, un obstáculo en la garantía y protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Al respecto, pueden destacarse los siguientes fallos de tutela:

Así por ejemplo, en la sentencia T-561 de 2010[13], a través de agente oficioso, una mujer interpuso acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el ISS al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, con fundamento en que no cumplía los requisitos de la norma aplicable[14] a la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es, el 17 de noviembre de 1983, momento en el que le diagnosticaron esquizofrenia esquizoafectiva, aun cuando cotizó al sistema de manera interrumpida durante 23 años desde el 19 de julio de 1983.

Esta Corporación encontró que el estado de salud y la condición mental de la accionante le permitieron, con dificultad, realizar un alto número de aportes hasta el año 2004, momento en que solicitó la calificación de la invalidez. Con fundamento en esto, concluyó que la fecha de estructuración definida en el dictamen de calificación no podía ser la aceptada para reconocer la pensión de invalidez, toda vez que posteriormente pudo seguir aportando, pues era claro que su actividad laboral no cesó sino hasta esta última fecha.

Así entonces, para la Corte no era razonable que a la accionante le hubieran fijado la fecha de estructuración para el año 1983, momento en que fue diagnosticada con esquizofrenia, por tanto, consideró que al momento de reconocer la pensión de invalidez en casos como este, las administradoras de fondos de pensiones debían establecer dicha fecha a partir del momento en que se consolidara una verdadera situación de invalidez. Por ello, teniendo en cuenta que el 21 de octubre del 2004 fue emitido el dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, este Tribunal consideró que este era el momento en el que la enfermedad padecida por ella no le habría permitido verdaderamente continuar

laborando. En consecuencia, tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad de la peticionaria y ordenó a la entidad el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En otra oportunidad, mediante sentencia T-427 de 2012[15], esta Corporación revisó el caso de un ciudadano cuyo dictamen de medicina laboral le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 51.40%, con fecha de estructuración del 11 de agosto de 1964, es decir, desde su nacimiento, dado que a partir de allí es que comenzó a presentar retardo mental, posiblemente ocasionada por hipoxia neonatal. Debido a que la estructuración de la invalidez fue con anterioridad a su afiliación al sistema de seguridad social (9 de mayo de 1994), la aseguradora le negó el derecho a la pensión de invalidez.

En primer lugar, la Corte consideró que la interpretación de la aseguradora constituía un acto de discriminación contra el accionante, pues impedía su acceso a la pensión de invalidez, lo cual resultaba contrario a la Carta Política y a los tratados internacionales que protegen a las personas con discapacidad de ser discriminadas por su condición especial[16].

Igualmente, frente al problema de la retroactividad en la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez, la citada sentencia reiteró:

“Las entidades encargadas de determinar el estado de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, cuando establezcan la fecha de estructuración de la invalidez, deben tener en cuenta que dicha fecha corresponde al momento en el cual el afiliado al Sistema General de Pensiones perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta. En aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente

productiva”

Así pues, para este caso, la Corte concluyó que el retraso mental sufrido por el accionante había sido un factor de discriminación por el cual no pudo seguir desarrollando una actividad económica más allá de febrero de 1999, momento en que hizo su último aporte al Sistema General de Pensiones, por tanto, consideró que esta era la fecha de estructuración de la invalidez y, tras comprobar que con anterioridad a ella había cotizado el número de semanas necesario para acceder a la pensión de invalidez, dejó parcialmente sin efectos el dictamen de medicina laboral en lo concerniente a este aspecto y ordenó a la administradora de fondos de pensiones respectiva que reconociera y pagara en su favor la pensión de invalidez, como garantía de los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social del peticionario.

En la sentencia T-022 de 2013[17], esta Corporación revisó la acción de tutela interpuesta por una ciudadana que a pesar de que desde su nacimiento padecía toxoplasmosis congénita, su vida laboral se extendió hasta los 34 años de edad, momento en el cual la enfermedad afectó su visión, perdiéndola progresivamente. Al momento de ser calificada, la junta médica respectiva le dictaminó pérdida de la capacidad laboral del 53,15%, con fecha de estructuración del 24 de marzo de 1980, día en que nació. Por supuesto, ella no estaba afiliada al Sistema de Seguridad Social para esa fecha y, por tanto, no reunía los requisitos señalados por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez, situación con la que consideraba vulnerado sus derechos como madre cabeza de familia en condición de discapacidad.

En esa oportunidad, siguiendo el precedente judicial sentado por esta Corporación, la respectiva Sala de Revisión estimó que el criterio de la aseguradora según el cual la estructuración de la invalidez se dio desde el nacimiento de la persona, resultaba discriminatorio frente a su derecho a la seguridad social, pues presumía su incapacidad para trabajar y, además, desconocía el hecho de que haya cotizado un determinado número de semanas al sistema con posterioridad a tal día. Así entonces, dado lo inverosímil de tal premisa y reiterando la jurisprudencia constitucional frente al tema, tomó como fecha de estructuración de la invalidez aquella en la cual la actora solicitó a la administradora de pensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez, el 27 de julio de 2011, momento en el cual le manifestó su imposibilidad de continuar trabajando. A partir de esta fecha, se pudo

establecer que sí cumplía el requisito legal para acceder a la pretendida pensión, por lo que la Corte tuteló sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social, ordenó dejar parcialmente sin efectos el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, en lo referido a la estructuración de la invalidez y, en consecuencia, pagar y reconocer la pensión de invalidez.

En la sentencia T-627 de 2013[18], la Corte Constitucional abordó los casos de tres accionantes que padecían diabetes mellitus, VIH-Sida y cáncer de mama, respectivamente, a quienes les fue negada la pensión de invalidez por no reunir el requisito de semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, según el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Al resolver los casos concretos, esta Corporación advirtió que las fechas de estructuración de invalidez habían sido definidas en la etapa de diagnóstico de las respectivas enfermedades que, por su carácter degenerativo, permitió a los actores continuar cotizando al sistema general de pensiones hasta el momento en que definitivamente no pudieron seguir haciéndolo.

Por ello, reiterando el amplio precedente en este tema, la Corte concluyó que “cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de un afiliado que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá tener en cuenta el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad para trabajar y a partir de esta verificar que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto”.

A diferencia de otros casos, en esta oportunidad la fecha de estructuración no fue fijada cuando los peticionarios elevaron la solicitud de calificación o de reconocimiento de la pensión de invalidez, sino que, al corroborarse que con posterioridad a estas fechas habían cotizado cierto número de semanas, se tomó como referente la del último aporte[19], a partir del cual, dentro de los 3 años anteriores, cumplían el requisito establecido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Finalmente, en el reciente fallo T-483 de 2014[20], oportunidad en la cual la entidad demandada negó la pensión de invalidez toda vez que la fecha de estructuración de la invalidez había sido fijada el día de nacimiento del accionante, teniendo en cuenta que

padecía un “retraso mental grave”, no obstante, ello no fue un obstáculo para que pudiera llevar a cabo una actividad laboral al sistema de seguridad social, hasta el momento en que efectivamente la enfermedad se lo impidiera. En tal sentido, la Sala Primera de Revisión señaló que en los casos donde se deba establecer la fecha de estructuración de la invalidez a una persona que sufra una enfermedad congénita y la misma no le haya impedida ejercer una actividad laboral remunerada durante ciertos periodos de tiempo, “la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en forma definitiva y permanente, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. Pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta” (negritas no son del texto original).

En cuanto a la definición de una fecha de estructuración de invalidez coherente con la realidad fáctica de la enfermedad padecida por el actor, se indicó que esta debía ser la del 29 de mayo de 2009, “fecha en que se realizó el dictamen, ya que en ese momento se presentó la pérdida definitiva y permanente de capacidad laboral del señor Ariza”. Partiendo de allí, se pudo determinar que el actor cumplía el requisitos de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, tal como lo consagra el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en consecuencia, la Corte ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al accionante.

Como pudo observarse del recuento jurisprudencial previo, la posición de la Corte es sólida y constante frente al tema. Así, no cabe duda que en casos de afiliados al sistema de seguridad social con enfermedades congénitas, la fecha de estructuración debe ser definida cuando la persona ha perdido en forma definitiva y permanente sus habilidades y destrezas para continuar desarrollando una actividad laboral, no desde el diagnóstico de la enfermedad.

Ahora bien, de la anterior línea jurisprudencial también se desprenden los criterios para definir la fecha de estructuración con fundamento en el momento en que el afiliado pierde en forma permanente y definitiva su capacidad laboral. El primero, a partir de la emisión del calificación de la pérdida de la capacidad laboral (T-561 de 2013 y T-483-2014); el segundo,

cuando la persona realizó el último aporte al Sistema General de Pensiones (T-427 de 2012 y T-627 de 2013) y, el tercero, desde la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez ante la entidad encargado de ello (T-022 de 2013).

De cada uno de ellos la Sala aprecia lo siguiente: el criterio referido a la fecha de emisión de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral se fundó, según los hechos descritos en las sentencias en que se apoya, en el hecho de que con posterioridad a ese día la persona no hizo ningún aporte porque su condición de invalidez le impidió hacerlo, por lo tanto, las semanas que se cotizaron entre la fecha de estructuración retroactiva fijada por el dictamen y la verdadera determinada por la pérdida definitiva y permanente de sus habilidades, son las que permiten reunir los requisitos para acceder a la pensión.

Igualmente, la posición según la cual debe fijarse como fecha de estructuración de la invalidez aquella en la que el afiliado hizo el último aporte, también viene determinada por la situación particular del actor en la sentencia que estipuló esta regla (T-427 de 2012). Allí el retraso mental congénito sufrido por él le impidió trabajar desde el año 1999, pero la solicitud la hizo en el año 2009, por tanto, se consideró que a partir de aquella fecha en que dejó de cotizar era porque efectivamente, por distintas barreras sociales, no había podido laborar en ninguna otra actividad y seguir cotizando. Ahora bien, este mismo razonamiento fue la base para conceder el amparo en la sentencia T-627 de 2013 donde, a diferencia del primer caso, se tuvo en cuenta el último aporte porque algunas cotizaciones se hicieron con posterioridad a la fecha de estructuración retroactiva fijada en el dictamen, tiempo que permitían alcanzar el número de semanas necesario para acceder a la pensión de invalidez.

Por último, el criterio según el cual la fecha de estructuración debe definirse a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, se genera en una situación donde la accionante, debido a su enfermedad, no pudo seguir aportando al sistema general de pensiones a partir de ese momento, a pesar de que el examen de calificación fue con posterioridad.

Para la Sala, aun cuando existen varias razones que permiten acercarse a un criterio razonable para determinar la fecha exacta de pérdida de la capacidad laboral en casos de enfermedades crónicas, congénitas y degenerativas, es preciso definir uno solo que otorgue

mayores garantías de acceder a la pensión de invalidez teniendo en cuenta los aportes realizados. Lo anterior dado que en algunos de ellos observa dificultades que podrían truncar el acceso a este derecho.

Igual hipótesis puede presentarse en relación con el criterio que define la fecha de estructuración al momento en que se elevó la solicitud de pensión de invalidez, pues mientras la persona con discapacidad espera la decisión puede aportar un par de semanas más para ello. Pero, se reitera, en los casos donde se adoptó esta solución el afiliado no cotizó ninguna semana más allá de día en que hizo la solicitud, por lo que era fácil determinar que cuando lo hizo su fuerza laboral estaba lo suficientemente disminuida como para continuar haciendo aportes.

Vistos los escenarios anteriores, la Sala advierte que ellos coinciden en que la fecha de estructuración de la invalidez se fijó en un momento en que se pudo establecer que el petitionario no hizo ningún aporte más, siendo este el factor determinante, el de la última cotización. Así entonces, para la Sala, este es el criterio que mejor refleja la pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral de la persona. Por ello, concluye que además de comprobar que la condición de salud derivada de una enfermedad degenerativa, crónica o congénita constituye una invalidez de más del 50% para el petitionario, las administradoras de fondos de pensiones, al encontrarse ante un caso de definición retroactiva de la fecha de estructuración de la misma, deberá observar cuál fue el último aporte realizado por él, para a partir de allí verificar si cumple o no las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores, tal como lo dispone el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

11. CASOS CONCRETOS

11.1. METODOLOGÍA

Para efectos prácticos, en primer lugar, la Sala abordará de manera general el examen de procedencia de las acciones de tutela de la referencia y, posteriormente, definirá la presunta vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de cada uno de los accionantes de acuerdo a la subdivisión de temas definida en la formulación del problema jurídico.

11.1. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES DE TUTELA DE LA REFERENCIA

Como pudo observarse de los antecedentes descritos, está acreditado que todos los accionantes cuentan con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por lo cual se encuentran incapacitados para trabajar y no cuentan con una fuente propia de recursos económicos.

Asimismo, en los casos que se revisan, los jueces de instancia aseguraron que los tutelantes contaban con otros mecanismos de protección judicial, y podían acudir a ellos para controvertir las decisiones de los administradores de fondos de pensiones contrarias a sus pretensiones.

En atención a las circunstancias personales de los accionantes, la Sala estima que exigirles agotar el procedimiento ordinario, implica un menoscabo de sus derechos fundamentales, pues la tardanza en las decisiones que se toman en dicha instancia haría nugatoria la efectiva y pronta protección que solicitan.

Por ello, la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para proteger sus derechos fundamentales, dado que son sujetos de especial protección constitucional y no cuentan con recursos económicos propios que le permitan soportar la carga de un proceso ordinario.

Definido lo anterior, pasa la Sala a resolver de fondo cada solicitud de amparo.

11.2. CASOS EN QUE LA NORMA FAVORABLE ES UNA ANTERIOR A LA LEY 860 DE 2003.

11.2.1. Expediente T-4102779

El señor José Eloy Aguirre López interpuso acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por Colpensiones al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez. La entidad llegó a esa decisión tras comprobar que el actor había sido calificado con el 61,01% de pérdida de la capacidad laboral y cotizado un total de 746 semanas para pensión, no obstante, dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el 7 de junio de 2011, no hizo ningún aporte, siendo necesarias por lo menos 50 semanas dentro de este término para poder acceder a dicho beneficio, según lo

establece el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En el expediente obra prueba del dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral[21] y del estado de salud del actor, diagnosticado con diabetes mellitus y cardiomiopatía isquémica, según su historia clínica[22]. Así mismo, del reporte de semanas cotizadas puede advertirse que realizó aportes interrumpidos entre el 19 de marzo de 1991 y el 31 de marzo de 2007, para un total de 741, 29[23].

En cuanto a las pretensiones del actor, la Sala observa que en el escrito de tutela no solicita la aplicación de ninguna norma en concreto que le permita acceder a la pensión de invalidez, no obstante, pide el amparo de sus derechos fundamentales con fundamento en el precedente sentado por las sentencias T-032 de 2012[24] y T-432 de 2011[25], casos caracterizados por haberse concedido el amparo tras comprobar que la enfermedad crónica que padecían los respectivos accionantes les permitió continuar cotizando y laborando aún después de la fecha de estructuración de la invalidez establecida para cada uno de ellos, considerando la Corte que esas semanas que no habían sido tenidas en cuenta por la administradora de pensiones hacía posible reunir el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración, si se toma por esta el día en que se realizó el dictamen.

Sin embargo, para la Sala el anterior precedente no es posible aplicarlo al caso del accionante, toda vez que si bien del expediente se advierte que padece una enfermedad cerebrovascular, con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, según el reporte enviado por Colpensiones, no cotizó semana alguna. Así también, del mismo documento la Sala observa que el último aporte del accionante corresponde al 31 de marzo de 2007.

Ahora bien, en virtud del principio pro homine, según el cual donde exista duda de acerca de la protección de un derecho fundamental debe adoptarse la interpretación que mejor se compadezca con los derechos fundamentales en juego[26], la Sala considera que la situación del accionante debe ser estudiada en aplicación del principio de favorabilidad respecto de las normas que regulan la pensión de invalidez.

De acuerdo con la parte considerativa de esta providencia, para que este principio tenga cabida, además de cumplir los requisitos de la norma que se considera favorable, la persona

tuvo que haber cotizado cuando la misma estaba en vigencia y, por supuesto, reunir los requisitos que exige para acceder a la pensión de invalidez.

Ya conocemos que en el caso particular el accionante no cumple los requisitos establecidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual exige 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por tanto, la Sala verificará si la norma anterior a esta, es decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, es favorable a su situación.

Para acceder a la pensión de invalidez, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 exige que el “afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez”, y que “habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”

La situación del accionante encaja dentro del segundo supuesto de esta norma, pues la invalidez ocurrió para el momento en que había dejado de cotizar. Visto así, la Sala encuentra que tampoco cumple con el requisito establecido por esta norma, toda vez que su discapacidad se estructuró el 7 de junio de 2011, es claro que no cotizó ninguna semana en el año anterior a esta fecha pues su último aporte a pensiones data del año 2007.

Finalmente, cabe estudiar los preceptos normativos anteriores a la Ley 100 de 1993, esto es, el Decreto 758 de 1990, cuyo artículo 6º exige para acceder a la pensión de invalidez, que la persona haya sido declarada invalida y haber cotizado un total de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo.

La Sala encuentra que bajo esta normatividad el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, toda vez que sus aportes iniciaron el 19 de marzo de 1991, fecha para la cual aún regía el Decreto 758 de 1990, y sobrepasa con creces las 300 semanas exigidas en cualquier tiempo, toda vez que cotizó un total de 750.

Establecido por la Sala que con fundamento en el principio de favorabilidad el señor Aguirre López reúne los requisitos del Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de invalidez,

revocará la decisión proferida el 20 de agosto de 2013 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por José Eloy Aguirre López contra Colpensiones y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante. En consecuencia, dejará sin valor ni efectos el acto administrativo que le negó la pensión de invalidez y ordenará a la entidad que inicie los trámites pertinentes para reconocérsela.

11.2.2. Expediente T-4102841

El señor Pablo Enrique Parra Prieto fue calificado con el 65,8% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 15 de abril de 2012, hecho que lo llevó a solicitar ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En cuanto al estado de salud del actor, en el expediente puede observarse un oficio elaborado por Saludcoop y remitido a Colpensiones en el que se menciona que padece secuelas de toxoplasmosis y criptococosis meníngea[27].

Mediante Resolución GNR 089833 del 8 de mayo de 2013, la entidad negó el reconocimiento de dicha prestación al encontrar que el señor Parra Prieto no reunía uno de los requisitos establecidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, esto es, haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pues a pesar de que en toda su vida laboral cotizó un total de 935,35 semanas, ninguna de ellas fue dentro de este término. Esta decisión no fue impugnada.

En razón de lo anterior, el accionante solicitó al juez de tutela que amparara sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y, en consecuencia, ordenara a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Así mismo, en su escrito de tutela solo manifiesta que tiene derecho a la pensión de invalidez por ser un sujeto de especial protección constitucional debido a su estado de discapacidad, pero no indica si la prestación debe ser concedida bajo algún parámetro normativo, sin embargo, cita la sentencia T-223 de 2012[28], caso en el cual esta Corte concedió el amparo fundamentada en que la norma aplicable debe ser la vigente al momento de estructurarse la invalidez que para ese caso era la Ley 100 de 1993. No obstante, la Sala considera que este precedente no es aplicable al caso, puesto que dicha

regla resultaría perjudicando su situación ya que su discapacidad se produjo en vigencia de la Ley 860 de 2003, norma con la cual precisamente le negaron el derecho a la pensión.

Por ello, en virtud del principio de favorabilidad antes reseñado, la Sala verificará si el accionante reúne los requisitos de la norma inmediatamente anterior a la que le aplican, es decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Como ya se indicó, esta norma exige que el “afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez”, y que “habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”

El caso del señor Parra Prieto encaja dentro del primer supuesto de hecho de esta norma, toda vez que para el 15 de abril de 2012, fecha en que se estructuró la invalidez, se encontraba cotizando al régimen y realizado aportes por más de 26 semanas, tal como lo señala el reporte adjuntado por Colpensiones, en donde se observa que venía cotizando de forma interrumpida desde el 14 de marzo de 1977.

Conforme con lo anterior, la Sala concluye que, en efecto, el accionante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez con fundamento en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, norma que le es más favorable. Por tanto, la negativa de Colpensiones en reconocer la referida prestación constituyó una vulneración a sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión proferida el 1º de agosto de 2013 por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Pablo Enrique Parra Prieto contra Colpensiones y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante. En consecuencia, dejará sin valor ni efectos el acto administrativo que le negó la pensión de invalidez y ordenará a la entidad que inicie los trámites pertinentes para reconocérsela.

11.3.1. Expediente T-4105729

El señor Jhon Fredy Rodríguez Medina fue calificado con el 66,05% de pérdida de la

capacidad laboral, con fecha de estructuración el 15 de febrero de 2011, día en que sufrió el accidente de tránsito que le produjo un trauma craneoencefálico.

Debido a esta situación, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por ser a esta entidad ante la cual estaba realizando sus aportes para salud y pensión. En respuesta, le manifestaron que no era posible otorgar dicha prestación toda vez que no cumplía el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, ya que solo contaba con 47, 85 (entre el 15 de febrero de 2008 y el 15 de febrero de 2011).

Concretamente, su apoderado solicita que se aplique el principio de la condición más beneficiosa y, por lo tanto, el caso sea visto a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que exige tan solo 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

Debe tenerse en cuenta que para si quiera poder aplicarse el principio de favorabilidad, el accionante debió haber cumplido los requisitos estando en vigencia el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, es decir, si antes de 2003 hubiera cotizado un poco más de 26 semanas, sin importar que la fecha de estructuración sea del año 2011, sería posible aplicar la norma favorable y, por tanto, conceder el amparo. No obstante, sus cotizaciones ser realizaron a partir del año 2008 y, por tanto, la única norma aplicable es la Ley 860 de 2003, la cual sirvió de fundamento para negar la pensión de invalidez.

Ahora bien, debido a que le faltan tan pocas semanas para completar el requisito previsto en esta última norma, la Sala ha examinado el reporte de semanas cotizadas a pensiones[29], presentado por la entidad accionada en el proceso de tutela, observando que entre los periodos de noviembre de 2009 y febrero de 2011, el actor hizo los siguientes aportes:

DÍAS

MES/AÑO

Noviembre/2009

30

30

Enero/2010

30

Febrero/2010

9

Marzo/2010

30

Mayo/2010

30

Junio/2010

30

Julio/2010

30

Agosto/2010

30

Septiembre/2010

30

Octubre/2010

8

Diciembre/2010

30

Enero/2011

30

Febrero/2011

TOTAL DÍAS:350

TOTAL SEMANAS:50

Conforme la anterior tabla, la Sala encuentra que el señor Jhon Fredy Rodríguez sí cumpliría con el requisito exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2013, el que, en concordancia con la regla jurisprudencial aplicable al caso, permite contar las 50 semanas cotizadas a partir de la última cotización, las cuales, efectivamente, se encuentran dentro de los tres años anteriores a esta.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión proferida el 13 de agosto de 2013 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Neiva, Huila, dentro de la acción de tutela promovida por Jhon Fredy Rodríguez Medina contra el Fondo de Pensiones Porvenir y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, por lo que ordenará a la entidad accionada que inicie los trámites pertinentes para reconocer y pagar en su favor la pensión de invalidez.

11.3.2. Expediente T-4106628

El señor Jhon Henry Rincón Rueda fue calificado con un 79,25% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 20 de octubre de 2012, debido a la ceguera total

producto de una diabetes aguda.

Ante esta situación solicitó a Protección Pensiones y Cesantías el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, no obstante, dicha entidad, mediante oficio calendado el 24 de abril de 2013, le negó tal prestación bajo el argumento de que tan solo había cotizado 43,76 semanas de las 50 que requiere dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según lo consagra el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Por lo anterior, el accionante acudió al juez de tutela solicitando la inaplicación de dicha norma puesto que le impide acceder a la pensión de invalidez, lo que constituiría su único medio de subsistencia como persona discapacitada por cuanto no puede laborar.

De acuerdo con el expediente, el accionante comenzó a cotizar al sistema el 9 de abril de 2012, con lo que no sería posible aplicar una norma diferente que le pudiera resultar más favorable, dado que sus aportes solo se han dado en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Ahora bien, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas que reposa en el expediente[30], se puede observar que el accionante efectuó su primera cotización el 9 de abril de 2012, correspondiente a 19 días de marzo del mismo año. De allí en adelante continuó pagando de manera ininterrumpida mes a mes hasta mayo de 2013, lo cual da un total de 62,71 semanas, superando las 50 requeridas por la norma. Por tanto, aplicando la regla jurisprudencial al caso concreto, tenemos que el actor sí cumplió este requisito a partir de la última cotización.

Por tanto, la Sala concluye que el actor tiene derecho a que se le conceda la pensión de invalidez, conforme las reglas jurisprudenciales aplicadas para este tipo de casos, razón por la cual, revocará la decisión proferida por el Juzgado 8º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga y, en su lugar, concederá el amparo solicitado ordenando a Protección Pensiones y Cesantías S.A. que inicie los trámites pertinentes para reconocer y pagar en su favor la pensión de invalidez.

11.4. CASOS EN QUE LA ESTRCUTURACIÓN DE LA PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL COINCIDE CON EL DIAGNOSTICO DE LA ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGÉNITA Y ELLO IMPIDE ACCEDER A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Como pudo observarse, los casos previamente descritos dejan entrever uno de los problemas jurídicos a los que ha tenido que enfrentarse la jurisprudencia constitucional, esto es, aquella situación en la cual las enfermedades degenerativas y crónicas permiten al trabajador continuar laborando hasta el momento en que las manifestaciones más fuertes de la enfermedad se lo impiden, no obstante, al momento de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la fecha de estructuración de la misma es determinada a partir de la fecha del diagnóstico del dicho padecimiento crónico, llegando incluso a coincidir con etapas de la niñez o el día de nacimiento, escenarios donde evidentemente la persona no era laboralmente activa, lo cual, por supuesto, no permite reunir los requisitos legales para acceder a dicha prestación.

Sobre esta problemática, en el informe allegado por Colpensiones donde responde al interrogante formulado por esta Sala acerca de los criterios normativos aplicados por la entidad para casos como los expuestos, manifestó que, anteriormente, para resolver solicitudes de pensión de invalidez de afiliados que padecen enfermedades degenerativas, el procedimiento consistía en verificar el cumplimiento de los requisitos legales a partir de la fecha de estructuración de la enfermedad, a cual se fija con base en el Decreto 917 de 1999, Manual de Calificación de Invalidez, sin tener en cuenta los aportes realizados con posterioridad a esta fecha.

No obstante, afirmaron que el nuevo criterio acogido por esa entidad a partir de enero del presente año, es el siguiente: para los casos de enfermedades progresivas el parámetro de referencia no será la fecha de estructuración de invalidez fijada con base en el Manual de Calificación de Invalidez, sino la fecha en que se emite el dictamen médico que declara la pérdida de la capacidad laboral en forma permanente y definitiva, debido al agravamiento de la enfermedad progresiva la cual no le permite seguir laborando. Lo anterior, con fundamento en los principios elaborados por la Corte Constitucional sobre la materia, a partir del cual se introdujo el concepto de capacidad laboral residual.

Para darle aplicación a este nuevo criterio, Colpensiones elaboró las siguientes reglas:

a. Existencia en cabeza del asegurado de una deficiencia de origen congénito o adquirida, por enfermedad o accidente; ambos de origen común, la cual tendrá como requisitos: (i) presencia de la deficiencia antes de cumplir con la edad mínima para trabajar y (ii)

habilitación ocupacional y social del individuo. Dichas deficiencias se tendrán en cuenta para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral residual de acuerdo con los parámetros del Manual Único de Calificación (Decreto 917 de 1999).

b. El individuo que, en edad económicamente activa presenta un estado de invalidez por enfermedad de origen común o accidente, y gracias a su capacidad residual comienza a cotizar al sistema hasta que pierde dicha capacidad en razón del agravamiento de su deficiencia; o por haber aparecido otras, dichas deficiencias se tendrán en cuenta como pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral a partir de la fecha del dictamen que lo declaró inválido.

c. Para efectos de la revisión de requisitos legales (semanas) se tendrá en cuenta la fecha en que se emitió el dictamen de calificación, puesto que a partir de dicho momento se declara la pérdida permanente y definitiva de la pérdida (sic) de capacidad laboral”.

En principio, la Sala comparte la determinación de la entidad en adoptar la posición de esta Corporación frente al problema de la retroactividad de la fecha de estructuración de la fecha de la pérdida de la capacidad laboral.

Sin embargo, como ya pudo definirse en la parte considerativa del presente fallo, este criterio no abarca los casos en donde con posterioridad a la fecha del dictamen de calificación de invalidez el afiliado logró cotizar un número determinado de semanas. Asimismo, no observa la Sala que con la adopción de esta nueva posición, Colpesiones haya examinado nuevamente las solicitudes de pensión de los accionantes.

Por ello, la Sala analizará cada caso concreto teniendo en cuenta la posición ya decantada con anterioridad, según la cual, la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al día en el cual la persona en condición de discapacidad hizo el último aporte al Sistema General de Pensiones, punto de partida para determinar si cumple o no el requisito de semanas consagrado en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

La señora Marcela Berrío Mejía fue calificada con el 61,70% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 11 de agosto de 2011, por cuanto padece cáncer neuroendocrino del páncreas[31].

En virtud de lo anterior solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que le fue negada por Colpensiones mediante Resolución 005195 del 16 de noviembre de 2012, argumentando que no reunía el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que solo acreditó 2,8 en dicho periodo de tiempo[32]. Decisión que fue confirmada mediante Resolución 038465 del 15 de marzo de 2013.

No obstante, la accionante cotizó un total de 706, 49 semanas entre el 22 de diciembre de 1981 y el 30 de noviembre de 2013, con lo que demuestra que a pesar de su diagnóstico médico ha podido laborar y seguir cotizando al sistema de pensiones.

De acuerdo con las pruebas recaudadas y aportadas, la señora Marcela Berrío Mejía realizó sus últimos aportes en el periodo comprendido entre el de julio de 2012 y el 30 de noviembre de 2013, para un total de 72,86 semanas, estando vinculada a la empresa Empleamos S.A, no obstante, su fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral fue definida en el 11 de agosto de 2011. Por tanto, puede evidenciarse que a pesar de su enfermedad, la accionante pudo seguir cotizando.

Así pues, conforme la jurisprudencia constitucional, para este caso la Sala tendrá como fecha de estructuración de la invalidez, la correspondiente al último día de aportes, es decir, el 30 de noviembre de 2013, momento a partir del cual deberán contarse las 50 semanas dentro de los tres años anteriores. Visto el documento contentivo de sus aportes, la Sala observa que durante este término cotizó algo más de 72, 86 semanas, por lo que reúne el requisito de densidad establecido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

11.4.2. Expediente T-4042445

El señor Jahder Alberto Ramírez Giraldo fue calificado con el 65,10% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 15 de febrero de 1977, debido a que desde esa época fue diagnosticado con la enfermedad degenerativa Artritis Reumatoide Juvenil.

Con fundamento en dicho dictamen, mediante Resolución 008061 del 28 de abril de 2010, el ISS le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, argumentando que antes de la fecha de estructuración no contaba con ninguna semana cotizada, no reuniendo los

requisitos de las normas vigentes para esa fecha, tales como el Decreto 3041 de 1966 y el Acuerdo 224 del mismo año. Igualmente, estableció que el actor se afilió al sistema general de seguridad social en salud el 1 de agosto de 2008, mucho antes de la fecha de estructuración, por lo que tampoco le son aplicables las leyes actuales.

Para el actor, esta posición resulta paradójica y vulneratoria de sus derechos fundamentales, pues es lógico que para la fecha de estructuración de la invalidez no tenga ninguna semana cotizada dado que tan solo era un niño. Por ello, asegura que para su caso debe tomarse como referente el día en que fue evaluado por medicina laboral del ISS, teniendo en cuenta que su enfermedad es de carácter degenerativo la cual le ha permitido laborar en la edad adulta y realizar algunos aportes al sistema.

En atención a lo anterior, solicitó al juez de tutela que se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, para lo cual debe tomarse como fecha de estructuración no la del 15 de febrero de 1977 sino la del día en que fue calificado.

Del expediente puede advertirse que Jahder Alberto Ramírez Giraldo hizo su último aporte el 31 de octubre de 2012, de manera independiente, por tanto la Sala infiere que hasta esta fecha el actor estuvo laboralmente activo, por lo que para la Sala este el momento en que se estructuró su invalidez.

Según el reporte de semanas cotizadas[33], dentro de los tres años anteriores al 31 de octubre de 2012, el actor cotizó 90 semanas de un total de 265 durante toda su historia laboral, por tanto, la Sala considera que además del requisito de invalidez, cumple con el de 50 semanas establecido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por tanto, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez.

11.4.3. Expediente T-4051645

El señor Luis Alberto Rubiano Díaz fue calificado con un 66,4% de pérdida de la capacidad laboral, debido a la esclerosis múltiple que padece, estructurada el 23 de junio de 2009. Con fundamento en ello, solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Mediante Resolución 128022 del 15 de noviembre de 2011, la entidad le negó dicha

prestación al encontrar que solo había cotizado 17 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, siendo necesarias por lo menos 50, conforme lo establecido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Esta decisión fue confirmada por Colpensiones mediante Resolución GNR 011204 del 28 de noviembre de 2012, basándose en la misma norma.

El apoderado del accionante considera que la fecha de estructuración de la invalidez definida por la aseguradora no coincide con la realidad fáctica de la vida laboral de su poderdante, toda vez que para el 23 de junio de 2009, la enfermedad que padece apenas se estaba comenzando a manifestar.

De las pruebas solicitadas a Colpensiones por parte de esta Sala, la entidad allegó el resumen de semanas cotizadas por el accionante[34], en donde se observa que sus aportes fueron realizados ininterrumpidamente desde el 1 de febrero de 2009 hasta el 30 de junio de 2011, para un total de 121,14 semanas.

Asimismo, en el expediente puede observarse que hoy en día el actor cuenta con 62 años, pues según su cédula de ciudadanía nació el 8 de diciembre de 1952[35], por tanto, además de su condición de invalidez, también es un adulto mayor y su caso deber ser observado con menos rigor al ser un sujeto de especial protección constitucional.

Ahora bien, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas, el señor Luis Alberto Rubiano Díaz aportó[36] su por última vez el 30 de junio de 2011, cuando trabajaba para un particular. Por tanto, la Sala tomará esta última fecha como el momento en que se estructuró su falta de capacidad laboral, según lo señalado por la jurisprudencia.

Partiendo de allí, dentro de los 3 años anteriores el actor cotizó algo más de 77.14 semanas[37], con lo que supera las 50 exigidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 para tal periodo, Así entonces, cuenta con los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez con fundamento en esta norma.

11.4.4. Expediente T-4109091

El señor Javier Enrique Sánchez Bermúdez fue calificado con un 67,20% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración el 6 de noviembre de 1997, debido a que

padece VIH-Sida. Por tanto, solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, entidad que negó su petición bajo el argumento que dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración cotizó un total de cero (0) semanas, no llenando el requisitos de las 50 exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Esta decisión no fue apelada.

En consecuencia, el actor acudió a la acción de tutela para que se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pues considera que con la negativa está vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, toda vez que con posterioridad a la fecha de estructuración señalada por la accionada, continuó aportando a salud y pensión, perjudicando de este modo su posibilidad de acceder a la prestación pretendida.

Colpensiones allegó a esta Sala el reporte de semanas cotizadas por el actor, en el cual se observa que el actor realizó sus aportes a partir del 1 de mayo de 2002 y hasta el 28 de febrero de 2014, completando un total de 517, 91 semanas.

Para la Sala es claro que dependiendo de cada caso, la jurisprudencia se ha decantado por determinar si la fecha de estructuración corresponde a la época en que se le realizó el dictamen al accionante o si coincide con la de los últimos aportes realizados. Sea uno u otro criterio, lo importante es que la entidad encargada de reconocer la prestación logre establecer dicha fecha cuando evidencie que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.

Ahora bien, a pesar del diagnóstico médico del señor Eduardo su vida laboral continuó normalmente y pudo realizar aportes hasta el 28 de febrero de 2014, según consta en el reporte de semanas[38] allegado por Colpensiones, alcanzando con ello un total de 519 desde el 1º de mayo de 2002.

Por tanto, siguiendo las reglas jurisprudenciales ya definidas, la Sala tomará en cuenta la última fecha en que realizó aportes como el momento en que se estructuró la invalidez, es decir, el 28 de febrero de 2014. A partir de este momento, según se lee del reporte de semanas, dentro de los tres años anteriores cotizó un poco más de 59,71 semanas, con lo cual supera las 50 necesarias para acceder a la pensión de invalidez según el precepto legal

correspondiente, esto es, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

11.4.5. Medidas a adoptar

En consecuencia con lo expuesto, al verificarse que en aplicación de la jurisprudencia constitucional frente al tema, los accionantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la Sala revocará las decisiones de instancia en sede de tutela de cada uno de los expedientes, los cuales negaron el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y, en su lugar, concederá el mismo. De igual modo, dejará sin efectos los respectivos actos administrativos que negaron dicha prestación y ordenará a Colpensiones que inicie los trámites pertinentes para que les sea otorgada.

11.5. CASO EN QUE NIEGAN LA PENSIÓN DE INVALIDEZ PORQUE LA MISMA TUVO ORIGEN EN UN ACCIDENTE LABORAL Y EL ACTOR NUNCA ESTUVO AFILIADO AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES

11.5.1. Expediente T-4104548

El señor Luis María Amaya Orozco fue calificado con el 51,54% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración del 12 de septiembre de 2007, debido a un accidente de trabajo sufrido con ocasión de su labor de agricultor.

A diferencia de la invalidez derivada de enfermedades de origen común, cuando la misma surge a raíz de accidentes laborales, las normas aplicables ya no son los artículo 39 de la Ley 100 de 1993 o su modificadorio el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

La pensión de invalidez por accidentes de trabajo y enfermedad profesional está consagrada en el Capítulo I, Libro Tercero de la Ley 100 de 1993, referida al Sistema General de Riesgos Profesionales (en adelante SGRP). Concretamente, allí se indica que la calificación del estado de invalidez derivado de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se sujeta a las reglas diseñadas para la invalidez de origen común, consagra la devolución de saldos a favor de los trabajadores afiliados al régimen de ahorro individual y compromete a las empresas promotoras de salud en las prestación de los servicios asistenciales que requiera el trabajador.

Posteriormente, mediante el Decreto Ley 1295 de 1994, el Gobierno Nacional

reglamentó en detalle lo relativo al funcionamiento del SGRP. Allí se definió el concepto de enfermedad laboral y accidente de trabajo, el campo de aplicación de dicho sistema y las personas que debían afiliarse al mismo, señalando que lo debían hacer en forma obligatoria los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, los jubilados o pensiones, excepto por invalidez, que se reincorporen a la actividad laboral como trabajadores dependientes, los estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución; y, de forma voluntaria[39], los trabajadores independientes, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno[40].

Sin embargo, a partir de la sentencia C-858 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “En forma voluntaria”, todos los trabajadores independientes deben entonces afiliarse de manera obligatoria al SGRP.

La norma que reglamentó la vinculación voluntaria al sistema de riesgos profesionales de los trabajadores independientes fue expedida el 2 de octubre de 2003 (Decreto 2800 de 2003), que definió como trabajador independiente a aquella “persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral”. También, que su afiliación al SGRP se debe hacer a través del contratante.

Recientemente, el SGRP fue modificado por la Ley 1562 de 2012, en la cual se redefinieron las categorías de trabajadores que debían afiliarse obligatoriamente, no obstante, se volvió a señalar la afiliación voluntaria para “los trabajadores independientes y los informales”, quienes pueden hacerlo siempre y cuando coticen también al régimen contributivo en salud “y de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio de Trabajo en la que se establecerá el valor de la cotización según el tipo de riesgo laboral al que está expuesta esta población”.

Esta norma consideró que trabajador independiente es “toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo, mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral”

En consideración con lo anterior, para la Sala es evidente que, antes de la vigencia del Decreto 2800 de 2003, si una persona quería afiliarse al sistema de riesgos profesionales debía manifestar su vinculación mediante contrato de trabajo. En otras palabras, a pesar de que la ley autorizaba al trabajador independiente a vincularse voluntariamente al sistema de riesgos profesionales, en la práctica, esa afiliación sólo era viable si existía relación laboral. Igualmente, la Ley 1562 de 2012 estipuló la misma situación de hecho.

Así pues, teniendo en cuenta que el accionante no cuenta con afiliación al SGRP, de acuerdo con la definición de trabajador independiente de las normas anteriores, la Sala no encuentra arbitraria ni contraria a los derechos fundamentales del accionante la decisión de negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, por tanto confirmará la decisión de tutela en el caso de la referencia.

11.6. CONCLUSIONES

La Sala concluye que la jurisprudencia constitucional decantada por esta

Corporación ha sido clara y consolidada frente a la protección de quienes han visto menguadas sus capacidades para trabajar, viendo afectados los ingresos económicos para llevar una vida en condiciones dignas.

Por ello, las decisiones que tomen las administraras de fondos de pensiones, frente a las solicitudes de pensión de invalidez, deben ser acordes con la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad. Por tanto, en la aplicación de las normas pertinentes para el reconocimiento de esta prestación, deberá advertir el principio de favorabilidad.

Así mismo, en casos específicos en los cuales una persona que ha nacido o adquirido una discapacidad cuenta con una capacidad laboral residual que le permite hacer aportes al Sistema General de Pensiones, es aplicar la regla definida en esta sentencia, y tener en cuenta que el momento efectivo de pérdida permanente y definitiva de la destreza para desarrollar una actividad económica, es aquel en el cual ha cotizado al Sistema por última vez.

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el proceso de la referencia.

SEGUNDO.- En el Expediente T-4.041.383, REVOCAR la decisión proferida el 17 de julio de 2013 por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Familia, dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora Marcela Berrío Mejía contra Colpensiones y, en su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

TERCERO.- DEJAR SIN VALOR NI EFECTOS la Resolución 038465 del 15 de marzo de 2013, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez a la señora Marcela Berrío Mejía.

CUARTO.- En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez a la señora Marcela Berrío Mejía.

QUINTO.- En el Expediente T-4.042.445, REVOCAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2013 por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Constitucional, dentro de la acción de tutela promovida por Jahder Alberto Ramírez Giraldo contra Colpensiones y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

SEXTO.- DEJAR SIN EFECTOS NI VALOR JURÍDICO la Resolución 008061 del 28 de abril de 2010, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor por Jahder Alberto Ramírez Giraldo.

SÉPTIMO.- En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jahder Alberto Ramírez Giraldo.

OCTAVO.- En el Expediente T-4.051.645, REVOCAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2013 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, dentro de la acción de tutela promovida por Luis Alberto Rubiano Díaz contra Colpensiones y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

NOVENO.- DEJAR SIN EFECTOS NI VALOR JURÍDICO la Resolución No. GNR 011204 del 28 de noviembre de 2012, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Luis Alberto Rubiano Díaz.

DÉCIMO.- En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Luis Alberto Rubiano Díaz.

UNDÉCIMO.- En el Expediente T-4.102.779, REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2013 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por José Eloy Aguirre López contra Colpensiones y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

DUODÉCIMO.- DEJAR SIN EFECTOS NI VALOR JURÍDICO la Resolución No. GNR 021532 del 14 de diciembre de 2012, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor José Eloy Aguirre López.

DÉCIMO CUARTO.- En el Expediente T-4.102.841, REVOCAR la sentencia proferida el 1º de agosto de 2013 por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por Pablo Enrique Parra Prieto contra Colpensiones y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

DÉCIMO QUINTO.- DEJAR SIN EFECTOS NI VALOR JURÍDICO la Resolución No. GNR 089833 del 8 de mayo de 2013, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Pablo Enrique Parra Prieto.

DÉCIMO SEXTO.- En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones que, dentro de veinte (20)

días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Pablo Enrique Parra Prieto.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el Expediente T-4.104.548, CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2013 por el Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Penal, dentro de la acción de tutela promovida por Luis María Amaya Orozco contra Colpensiones.

DÉCIMO OCTAVO.- En el Expediente T-4.105.729, REVOCAR la sentencia proferida el 13 de agosto de 2013 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Neiva, dentro de la acción de tutela promovida por Jhon Fredy Rodríguez Medina contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

DÉCIMO NOVENO.- En consecuencia, ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Rodríguez Medina.

VIGÉSIMO.- En el Expediente T-4.106.628, REVOCAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2013 por el Juzgado 8º Penal del Circuito de Bucaramanga, dentro de la acción de tutela promovida por John Henry Rincón Rueda contra Protección Pensiones y Cesantías y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En consecuencia, ORDENAR a Protección Pensiones y Cesantías que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor John Henry Rincón Rueda.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el Expediente T-4.109.091, REVOCAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, dentro de la acción de tutela promovida por Javier Enrique Sánchez Bermúdez contra Colpensiones y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

VIGÉSIMO TERCERO.- DEJAR SIN EFECTOS NI VALOR JURÍDICO la Resolución No. 044032 del 24 de noviembre de 2011, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la

pensión de invalidez al señor Javier Enrique Sánchez Bermúdez.

VIGÉSIMO QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

Notifíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

[1] La protección de la intimidad se ha presentado por petición expresa del accionante o por que la Corte advierte la necesidad de proteger el derecho, por ejemplo en temas relacionados con hermafroditismo, señalamientos públicos de conducta, enfermos de VIH/SIDA, sexualidad, etc. La Corte ha considerado proteger el derecho a la intimidad de los accionantes impidiendo referenciar todo tipo de información que pueda identificarlos. Al respecto, pueden verse las Sentencias SU-256/96, SU-480/97, SU-337/99, T-810/04, T-618/00, T-436/04, T-220/04, T-143/05, T-349/06, T-628/07, T-295/08, T-816/08, entre otras.

[2] Destacó los siguientes argumentos usados por la Corte Constitucional: (i) el carácter progresivo del derecho a la seguridad social; (ii) la protección constitucional reforzada de las personas con discapacidad; (iii) el principio de solidaridad; (iv) el principio de progresividad; (v) la prohibición de regresividad; (vi) la validez constitucional de algunos de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez establecidos en la Ley 860 de 2003 y la

inconstitucionalidad de otros; (vii) el derecho al mínimo vital de las personas con discapacidad; (viii) la omisión del legislador de establecer un régimen de transición frente al cambio de requisitos para acceder a la pensión de invalidez que estableció la Ley 860 de 2003 y los que originalmente consagraba la Ley 100 de 1993 y el principio de favorabilidad; (ix) la evidencia fáctica que confirma que una persona no era inválida en el momento de la estructuración de la invalidez, dado que continuó haciendo aportes con posterioridad a ese momento, (x) la inconstitucionalidad de excluir de esa posibilidad de percibir una pensión de invalidez a quienes tienen una invalidez desde su nacimiento; (xi) la necesidad de corregir una situación discriminatoria en contra de las personas con discapacidad que no pueden seguir laborando de acuerdo a su condición; (xii) las obligaciones legales derivadas de la adopción de la Convención de Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular, la obligación de realizar ajustes razonables: (xiii) la posibilidad de incorporar directamente recomendaciones no vinculantes de la Organización Mundial de la Salud sobre la concepción de discapacidad social que se promueve en el contexto mundial para que replazce la concepción médica de invalidez; y (xiv) la posibilidad de dar el mismo tratamiento a personas que sufren invalidez como consecuencia de enfermedades degenerativas o de carácter crónico y progresivo, a las que tienen origen en enfermedades congénitas, independientemente del momento en que se estructure la invalidez.

[3] Sentencia T- 836 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[4] Sentencia T-1291 de 2005 y Sentencia T- 668 de 2007

[5] Ibidem.

[6] Corte constitucional, sentencia de tutela T-479 del 15 de mayo de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[7] Sentencia T-1040 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[8] M.P. Mauricio González Cuervo.

[9] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[10] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

[12] M.P. Alberto Rojas Ríos. (S.P.V. del Magistrado Luis Ernesto Varga Silva. En su criterio, la pensión no debía ser asumida por Colpensiones, sino por los fondos de pensiones privados a los que los accionantes habían estado realizando los respectivos aportes.

[13] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[14] Era el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966, que exigía no menos de 100 semanas cotizadas, 25 de las cuales debieron realizarse en el último año anterior a la estructuración de la invalidez.

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

[16] Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 4. "Obligaciones generales. // 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: // [...] a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; // b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; // [...] e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; [...]."

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

[18] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[19] Respecto de uno de los casos concreto indica el fallo: "Y aún después, el accionante continuó cotizando 52 semanas más, al sistema de seguridad social hasta noviembre de 2011, las cuales deben tenerse en cuenta, pues tratándose de una persona con una pérdida de la capacidad laboral progresiva por una enfermedad degenerativa, como lo indicó la Corte en la sentencia T-143 de 2013, 'tienen derecho a que se les contabilice aportes efectuados luego de la fecha de estructuración de la invalidez para verificar su

cumplimiento, si es que conservaban aptitudes para ofrecer sus servicios en el mercado laboral”.

[21] Folio 9, cuaderno principal.

[22] Folio 14, cuaderno principal.

[23] Folio 31, cuaderno principal.

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

[25] M.P. Mauricio González Cuervo.

[26] Esta Corporación ha aplicado el principio pro homine para la protección del derecho a la salud, entre otras, en las siguientes sentencias: T-037, T-308, T-730 y T-945 de 2006; T-200, y T-499 de 2007.

[27] Folio 6, cuaderno principal.

[28] M.P. Mauricio González Cuervo.

[29] Folios 62 y 63, cuaderno principal.

[30] Folios 100 a 116, cuaderno principal.

[31] Folio 39, cuaderno principal.

[32] Folio 46, cuaderno de pruebas Corte Constitucional.

[33] Folio 42, cuaderno de pruebas Corte Constitucional.

[34] Folio 37, cuaderno de tutela del expediente principal, T-4041383, al cual fue acumulado el caso del señor Rubiano Díaz.

[35] Folio 28, cuaderno de primera instancia.

[36] Folio 37, ibídem.

[37] *Ibíd.*

[38] Folio 60, *ibíd.*

[39] La expresión “En forma voluntaria” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-858 de 2006, con lo cual se entiende que tanto los trabajadores dependientes como independientes deben estar afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Riesgos Profesionales.

[40] Artículo 13, Decreto Ley 1295 de 1993.