

Sentencia T-168/15

Referencia: Expediente T-4520716

Acción de tutela instaurada por Jhon Fredy Salazar Osorio contra Colpensiones.

Derechos fundamentales invocados: seguridad social, vida digna, mínimo vital y a la igualdad.

Tema: procedibilidad de la acción de tutela para solicitar pensión de invalidez, cuando no se cumple el requisito de ley de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Problema jurídico: ¿si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales invocados al expedir una resolución que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por incumplimiento de requisitos legales, al basar su decisión en un dictamen que fijó una fecha de estructuración con supuesto desconocimiento de los conceptos médicos insertos en la historia clínica del paciente?

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

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 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de segunda instancia, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el seis (6) de mayo de dos mil catorce (2014), que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cali, Valle, el trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014), que negó el amparo constitucional por improcedente, en el trámite de la acción de tutela incoada por Jhon Fredy Salazar Osorio contra Colpensiones.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió en el Auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil catorce (2014) para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1 SOLICITUD

El señor Jhon Fredy Salazar Osorio, a través de apoderado, instauró acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, por considerar que está vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con el argumento de que no cumple el requisito de ley de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Con base en lo expuesto, solicita se tutelen sus derechos fundamentales y se ordene a la entidad que reconozca y pague dicha prestación económica. Basa su solicitud en los siguientes:

1.2 HECHOS Y RAZONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1.2.1 El señor **Jhon Fredy Salazar Osorio**, quien cuenta con 45 años de edad, afirmó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle, hoy Colpensiones, 462,73 semanas discontinuas desde el 20 de diciembre de 1990 hasta el 31 de enero de 2014, según historia laboral aportada por la entidad demandada.

1.2.2 Razón por la cual, el 27 de septiembre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez ante la entidad

accionada, a lo cual, mediante Resolución GNR 020357 del 13 de diciembre de 2012, notificada el 13 de enero de 2013, resolvió negar la pensión de invalidez, bajo el argumento de que si bien acreditaba un total de 2.967 días laborados, correspondientes a 423 semanas, no cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

- 1.2.3** Indicó el apoderado del accionante, que éste padece de diabetes mellitus Dx desde los 8 años de edad, según su historia de la clínica Rafael Uribe Uribe de Cali. El 23 de febrero de 2009, presentó una hemorragia y retinopatía diabética proliferativa severa en su ojo derecho, que afectó totalmente su visión, para lo cual, sólo hasta el 15 de noviembre de 2011, Saludcoop EPS remitió al accionante al Instituto de Seguros Sociales con el fin de que la Junta de Calificación de Invalidez determinara la pérdida de capacidad laboral, ya que presentaba una enfermedad con concepto no favorable de rehabilitación.
- 1.2.4** Señaló que, mediante concepto emitido por dicha Junta del Instituto de Seguros Sociales del 13 de agosto de 2013, se le calificó una pérdida del 62.95% de su capacidad laboral estructurada el 17 de enero de 2012 a través del dictamen No.5241 del 23 de agosto de 2012. Ello en su concepto está alejado de la realidad, dado que la fecha de estructuración debió ser el 23 de febrero de 2009, fecha en la cual perdió definitivamente su capacidad laboral, por cuanto después continuó cotizando por un período muy breve como independiente, gracias a la ayuda económica temporal de su padre.
- 1.2.5** Por lo anterior solicitó, que debido a la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra el accionante, se le reconozca y pague la pensión de invalidez, teniendo como fecha de estructuración de la enfermedad el día 23 de febrero de 2009, tiempo real en la cual mermó su capacidad laboral, reuniendo así las 50 semanas en los últimos tres años anteriores comprendidos entre el 23 de febrero de 2006 al 23 de febrero de 2009.
- 1.2.6** Por último, sostiene que el accionante no recibe ayuda de sus familiares para poder subsistir, y debido a su situación de debilidad manifiesta se encuentra desprotegido de la seguridad social afectando y de su mínimo vital.

1.3 TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad de Cali, admitió la acción de amparo el 3 de marzo de 2014, y corrió traslado a las partes para que se pronunciaran sobre los hechos y ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

1.3.1 En forma extemporánea, Saludcoop EPS mediante oficio del 18 de marzo de 2014, solicitó se denegara la petición impetrada por el señor Fredy Salazar Osorio por falta de legitimación por pasiva toda vez que el peticionario busca obtener la pensión de invalidez por parte de Colpensiones, y ellos no tienen competencia legal para resolver su solicitud.

1.3.2 Colpensiones guardó silencio.

1.4 PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.4.1 Copia de la cédula de ciudadanía del señor Jhon Fredy Salazar Osorio donde consta que nació el 6 de septiembre de 1969 (folio 11).

1.4.2 Copia del reporte de semanas cotizadas por el señor Jhon Fredy Salazar Osorio a Colpensiones donde aparecen aportes desde 1990 interrumpidamente hasta el 2014 para un total de 462,73 semanas (folios 12 al 16).

1.4.3 Copia del resumen de las incapacidades por oftalmología concedidas al señor Jhon Fredy Salazar Osorio (folios 17; 26 al 29).

1.4.4 Copia de la historia clínica oftalmológica No. 16772048 del señor Jhon Fredy Salazar Osorio expedida por la Clínica de Oftalmología de Cali de fecha 5 de diciembre de 2012, donde se indica antecedentes diagnósticos hemorragia subhialoidea (ojo derecho) y retinopatía diabética severa (ojo derecho) (folios 18 y 19).

1.4.5 Copia de la evolución histórica de consulta externa del 6 de febrero de 2007 y del 23 de febrero de 2009, donde consta que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio padecía de retinopatía diabética proliferativa en ojo derecho (folios 20 y 21).

1.4.6 Copia del concepto emitido por Saludcoop EPS Área de Medicina Laboral, de fecha noviembre 15 de 2011, y dirigido a la Administradora del Fondo de Pensiones, en donde se informa que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio presenta una enfermedad de *“concepto NO favorable de rehabilitación”* (folio 22).

1.4.7 Copia de la historia clínica de urgencias de la Clínica Rafael Uribe Uribe de Cali, donde consta que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio estuvo hospitalizado por motivo de dolor osteomuscular el 26 de febrero de 1998 (folio 25).

- 1.4.8** Copia de la Resolución No. 201268003112543 del 13 de diciembre de 2012, expedida por Colpensiones donde se niega la pensión de invalidez al señor el señor Jhon Fredy Salazar Osorio, por no acreditar las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y su notificación realizada el 17 de enero de 2013 (folios 30, 31 y 32).

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Mediante fallo del 13 de marzo de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cali, negó el amparo solicitado por improcedente. Su decisión se basó en lo siguiente:

- 2.1.1** Lo solicitado por el accionante es una apreciación personal y subjetiva que no tiene sustento legal o probatorio, porque en el trámite de calificación y valoración se le dio la oportunidad de interponer los recursos de ley, los cuales no fueron interpuestos dentro del término legal quedando agotada la vía gubernativa.
- 2.1.2** La acción de tutela no es la vía judicial idónea, en cuanto lo dirimido hace referencia a un debate probatorio, que requiere que las partes involucradas presenten sus pruebas técnicas y científicas, de manera que, si no está conforme con la decisión de la parte demandada, debe acudir al proceso ordinario administrativo para reclamar sus derechos.
- 2.1.3** No cumplió con el principio de la inmediatez, toda vez que dejó transcurrir más de 14 meses para exigir sus derechos, tratando por vía de tutela revivir los términos que le fueron notificados en su momento.

2.2 IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- 2.2.1** Mediante escrito No. 2014-075 del 21 de marzo de 2014, el apoderado del señor Fredy Salazar Osorio, dentro del término legal, impugnó el fallo de primera instancia, por los siguientes motivos:
- 2.2.1.1** Indicó que el Estado asume la responsabilidad de brindar especial protección a las personas disminuidas físicamente. Dijo que en tal sentido, la sentencia T-668 de 2011 de la Corte Constitucional, manifestó que la pensión de invalidez como componente esencial del derecho fundamental a la seguridad social de los discapacitados, su protección era procedente por medio de la acción de tutela.

2.2.1.2 Igualmente, señaló que de acuerdo a la sentencia T-584 del 2011 de la Corte Constitucional, el principio de inmediatez no es aplicable frente a la violación efectiva y continua de los derechos fundamentales, en aquellos casos en los que se demuestre que dicha vulneración es permanente en el tiempo, caso en cual, el principio de inmediatez en la interposición de la tutela no es exigible de manera estricta.

2.2.1.3 Por último, solicitó se revoque la tutela y en su lugar, se le reconozca a su poderdante la pensión de invalidez.

2.3 DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE

2.3.1 En fallo del 6 de mayo de 2014, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, confirmó la sentencia anterior y declaró la improcedencia de la acción de tutela. Su decisión se basó en lo siguiente:

2.3.1.1 EL accionante tenía la obligatoriedad de agotar los recursos vía gubernativa como requisito para poder acudir al amparo constitucional.

2.3.2 El actor cuenta con otros medios de defensa judicial, ya que la tutela no es un mecanismo subsidiario. En tales circunstancias, la solicitud de amparo no cumple con el requisito de la subsidiariedad y, en consecuencia, no legitima la intervención del juez de tutela.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1 COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

3.2 PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de esta acción y las decisiones adoptadas en las instancias, la Sala advierte que el problema jurídico a resolver será determinar si la resolución emitida por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por no haber cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, trasgredió los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad del accionante, al basar su decisión en

un dictamen que fijó una fecha de estructuración con supuesto desconocimiento de los conceptos médicos insertos en la historia clínica del paciente.

Para resolver la cuestión planteada, la **Sala Séptima de Revisión de Tutelas** analizará: **primero**, la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el pago de pensiones; **segundo**, la importancia de la pensión de invalidez y la procedencia de la acción de tutela para su reconocimiento; **tercero**, la normativa aplicable para el reconocimiento de la pensión de invalidez; **cuarto**, la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez, y; **quinto**, estudio del caso concreto.

3.3 LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA OBTENER EL PAGO DE PENSIONES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA¹.

El carácter excepcional del mecanismo constitucional de la acción de tutela, está orientado a la protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando aquellos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos definidos por la ley.

El artículo 86 de la Constitución Política, reiterado por la jurisprudencia constitucional², se ha referido al carácter subsidiario³ de la acción como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales.

Esta Corporación ha señalado que en principio la acción de tutela es improcedente cuando a través de esta vía se pretende obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica, puesto que, de un lado, dicho beneficio se otorga a quienes cumplen con los requisitos establecidos en la ley y, de otro, ante el surgimiento de una controversia legal frente a su reconocimiento existen los mecanismos ordinarios para su resolución.

Sin embargo, ha sostenido que su procedencia será viable de manera excepcional, cuando, 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.⁴

En ese sentido, esta Corporación en sentencia T- 836 de 2006, estableció dos reglas importantes al momento de realizar el estudio de procedibilidad de la acción cuando uno de los beneficiarios es

¹ Sentencia T-146 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

² Ver entre muchas otras, las sentencias T-556, T-625, T- 651 y T-711 de 2004, y T-406 de 2005.

³ Artículo 86. Constitución Política. “[...] Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [...]”.

⁴ Sentencia T-100 de 1994.

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,⁵ 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 temporales⁶. 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 requerida⁷ (Negrilla fuera de texto)”⁸

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.

⁵ Sentencia T- 836 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Sentencias T-1291 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T- 668 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁷ Ibidem.

⁸ Sentencia T-479 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3.4 LA IMPORTANCIA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SU RECONOCIMIENTO. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA⁹.

El artículo 48 de la Constitución Política define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas.

Una de las garantías de la seguridad social son las pensiones por vejez o por invalidez. Esta última tiene por finalidad la protección de las personas que han sufrido una disminución considerable en su capacidad laboral, puesto que, dicha limitación, física o mental, impacta negativamente la calidad de vida del ser humano y la eficacia de otros derechos sociales¹⁰, así como amparar su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Esta Corporación en la sentencia T-290 del 2005¹¹ le imprimió el carácter de fundamental al derecho al que se reconozca la pensión de invalidez así:

“En efecto, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez como elemento constituyente del derecho a la seguridad social es susceptible de amparo por medio de la acción de tutela cuando su desconocimiento ponga en peligro derechos que tengan el carácter de fundamentales. Así mismo, adquiere el rango de fundamental cuando se comprometa la efectividad del ‘derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez’. Lo anterior, debido a que por medio de dicha acreencia laboral se obtiene prestaciones económicas y en salud esenciales e irrenunciables (artículo 48 C.P) que tienen por finalidad compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de capacidad laboral.”

En la sentencia T-628 de 2008¹², esta Corporación, señaló el carácter fundamental que tiene el derecho a la seguridad social por su relación con la garantía de la dignidad humana. Sobre el tema dijo:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana, es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades

⁹ Sentencia T-146 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁰ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos” OEA/Ser. L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

¹¹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.”

En la sentencia T-1040 del 2008¹³, se resolvió un caso similar y se confirmó la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez:

“Si bien el juez de tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados cuando pese a estar plenamente demostrado, la entidad niega el reconocimiento del derecho. Además, téngase en cuenta que en tratándose de la pensión de invalidez, ha dicho esta corporación que, igualmente, la acción de tutela es procedente en el evento en que, en casos concretos, las personas se vieren afectadas por un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas que no les permite acceder a dicha prestación, y sin embargo, cumplen a cabalidad los requisitos establecidos en la ley anterior, al considerarse que las medidas resultan desproporcionadas o ilegítimas. Asimismo, se advierte que la pensión de invalidez tiene una gran relevancia social, toda vez que garantiza a los asociados, que padecen de limitaciones significativas que menguan su capacidad para laborar, el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades básicas.”

Confirmado en la sentencia T-138 del 2012¹⁴:

“Ahora bien, desde la perspectiva de cuál es prima facie la acción jurídica de reclamo, la pensión de invalidez se presenta, -se insiste- prima facie, como un derecho de origen legal que busca una compensación de carácter económico por la pérdida o disminución considerable de la capacidad laboral, por lo cual en principio corresponde al juez laboral analizar su procedencia. Pero, adquiere relevancia constitucional para ser debatido en sede de tutela, entre otros casos, cuando su reconocimiento es solicitado por personas en

¹³ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

situación de especial protección como los enfermos de VIH, por lo que hace pertinente la procedencia de la tutela para lograr el eventual reconocimiento del mismo y evitar con ello la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”

Para concluir se puede indicar, que la garantía a la seguridad social y su fundamentalidad está muy ligada a la satisfacción real de los derechos humanos, especialmente el de la dignidad humana, pues a través de este derecho puede afrontarse la lucha contra los índices de pobreza y miseria.

De manera especial, con la protección de esta garantía en las hipótesis de invalidez se busca evitar los efectos negativos que emanan de la falta de recursos económicos para cubrir aspectos básicos como la salud y el sostenimiento del hogar, debido a la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñándose en el mercado laboral.

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que no procede esta acción constitucional para el reconocimiento de derechos prestacionales, sin embargo, al evidenciarse situaciones en que las vías naturales de estos procesos no resultan ser eficaces ni oportunas para proteger de manera real los derechos fundamentales de personas, que, como en el caso en estudio, pretenden un reconocimiento pensional, esta Corporación ha reconocido la procedencia excepcional de la acción de tutela, como instrumento idóneo para el amparo de dichos derechos que pueden estar siendo vulnerados por las administradoras de los fondos de pensiones.

3.5 NORMATIVA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Sobre el tema de la pensión de invalidez, se han expedido diferentes normas que la regulan, las cuales se sintetizan a continuación.

Decreto 758 de 1990 “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”.

El artículo 6º del Decreto 758 de 1990 señalaba:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

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

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

Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 39 original de la Ley 100 de 1993 establecía que:

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

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

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

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

Ley 860 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 39 de la Ley 860 de 2003, modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta lo establecido en la Sentencia C-428 de 2009¹⁵, indica:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

¹⁵ M.P. Mauricio González Cuervo

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.

(...)

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

En relación con las diferentes disposiciones normativas que han regulado el reconocimiento de la pensión de invalidez, al estudiar un caso con similitud fáctica a la ahora analizada, la Sentencia T-062A de 2011, presenta un cuadro que permite identificar con mayor facilidad las diferencias en cuanto a los requisitos exigidos por cada una de las normas señaladas anteriormente:

	<i>D. 758/90</i>	<i>Ley 100/93</i>		<i>Ley 860/03</i>
<i>Semanas/años de cotización</i>	<i>150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la invalidez</i>	<i>Afiliado: 26 semanas cotizadas antes de la invalidez</i>	<i>No afiliado: 26 semanas cotizadas en el año anterior al estado de invalidez</i>	<i>50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al estado de invalidez</i>
<i>Criterios adicionales</i>	<i>300 semanas cotizadas en cualquier momento con anterioridad al estado de invalidez</i>			<i>25 semanas cotizadas en los 3 años previos al estado de invalidez, si se cuenta con el 75% de las semanas cotizadas para la pensión de vejez.</i>

Visto lo anterior se observa, que cada vez se ha impuesto una mayor carga y exigencia en cuanto a los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, puesto que en principio las semanas cotizadas requeridas se encontraban en un espacio de tiempo más amplio, aunado a que se podía acceder al reconocimiento de esta prestación si se contaban con 300 semanas cotizadas, sin importar en qué tiempo, antes

de haberse estructurado la invalidez.

Posteriormente se introdujo un nuevo parámetro, estar o no afiliado al sistema al momento de la estructuración de la invalidez, pues si se estaba afiliado se debía contar con 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, pero si no, eran necesarias 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructurarse la invalidez. Pareciera ser más favorable esta norma, pues es cierto que se redujo la cantidad de semanas exigidas, pero es también cierto que se limitó el tiempo en que debían ser cotizadas si la persona no se encontraba afiliada al sistema.

Luego, la Ley 860 de 2003, aumenta el número de semanas exigidas de cotización antes de la estructuración de la invalidez, también aumenta el espacio de tiempo en que pueden haberse realizado dichas cotizaciones, elimina el criterio de estar afiliado o no, pero crea un parámetro nuevo para quienes hayan cotizado el 75% de semanas necesarias para alcanzar el reconocimiento de la pensión de vejez, y es el de haber cotizado 25 semanas en los tres años anteriores a la invalidez.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que cada normativa a hecho más gravosos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez sin que se haya establecido algún régimen de transición en relación con este tipo de prestación.

En razón a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que es procedente aplicar el régimen pensional anterior que resulte más favorable, dejando de aplicar la normativa legal que se encuentre vigente al momento de la estructuración de la invalidez.¹⁶

“Cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la

¹⁶ Sentencias T-383 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, T-628 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.*¹⁷

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es necesario verificar en cada caso concreto, (i) el régimen aplicable para el cumplimiento de los requisitos específicos exigidos para acceder a la pensión de invalidez, y (ii) si dicho régimen resulta contrario a los principios que rigen nuestra Constitución, por cuanto, implementó requisitos más gravosos, caso en el cual deberá revisarse el régimen más favorable.

3.6 FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ

Para acceder a una pensión de invalidez es necesario, y común a todos los regímenes, contar con una pérdida de capacidad igual o superior al 50%, la cual puede ser producto de una enfermedad o un accidente de origen común, que afecte su capacidad productiva.

Esa afectación en la capacidad laboral puede ser de manera inmediata, caso en el cual coincidiría con la fecha de estructuración de la invalidez, lo que no permitiría dudas o generaría algún problema de relevancia constitucional. No obstante, dicha afectación en la capacidad laboral podría ser de manera progresiva y presentar una diferencia temporal entre la presencia de una total incapacidad para seguir laborando y la fecha en que comenzó la enfermedad o presentó su primer síntoma, o la fecha en que ocurrió el accidente, respectivamente.

Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se está frente a enfermedades crónicas, de padecimientos de larga duración, o que su fin o cura no se pueden determinar con exactitud, que son enfermedades congénitas o degenerativas, porque se manifiestan desde el nacimiento y la pérdida de capacidad se hace permanente en el tiempo y de manera paulatina.

Frente a estas situaciones, las Juntas de Calificación de Invalidez, son los órganos encargados de determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, quienes establecen como fecha de estructuración de la invalidez, aquella en que se presentó el primer síntoma o, cuando según la historia clínica, se diagnosticó la enfermedad, aún cuando todavía no había evidencia de una pérdida de capacidad permanente y definitiva¹⁸ igual o mayor al 50%, como lo indica el Decreto 917 de 1999¹⁹. Lo anterior, por cuanto sirve como fundamento para que las

¹⁷ Sentencia T-628 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

¹⁹ ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.

entidades correspondientes decidan respecto del reconocimiento de las prestaciones económicas a que haya lugar según el porcentaje de pérdida de capacidad laboral establecido en el dictamen.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 2463 de 2001, fija entre las funciones de las juntas de calificación la de emitir los dictámenes, previo estudio de los antecedentes clínicos o laborales, e igualmente faculta a estos entes para ordenar la práctica de exámenes y evaluaciones complementarios diferentes a los acompañados con la historia clínica cuando lo considere indispensable para fundamentar su concepto.

Igualmente, el artículo 31 señala que estos conceptos deben contener claro el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de la invalidez, para lo que deben incorporar las consideraciones de carácter fáctico sobre el caso objeto de estudio, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales tuvo lugar e incluir el diagnóstico clínico de orden técnico científico, soportado en la historia clínica.

Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰, se genera una violación de los derechos de las personas en situación de invalidez que solicitan su pensión, cuando, dentro del trámite de los dictámenes, las juntas de calificación determinan el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, el origen de la invalidez o la fecha de estructuración, sin suficiente fundamento fáctico ni probatorio.

En efecto, en la sentencia T-436 de 2005, la Corte encontró que la junta de calificación había vulnerado el derecho al debido proceso al fijar un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que no se compadecía con el real, pues pretermitió algunas partes del procedimiento reglamentario.

De igual manera, en la sentencia T-701 de julio 10 de 2008²¹, esta Corporación estudió el caso de una persona en situación de discapacidad por demencia, a quien le fue negada la sustitución pensional de su padre debido a que su invalidez no se había acreditado. Por lo anterior, sus hermanos promovieron proceso de interdicción y evaluación ante la junta de calificación de invalidez, en la que se determinó un grado de discapacidad superior al 50% pero la fecha de estructuración se fijó posterior al fallecimiento del causante. En ella, consideró que:

“para el presente caso esta Sala de Revisión comprueba que los dictámenes proferidos por las Juntas Regional y Nacional

²⁰ Sentencias T-710 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-561 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-420 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, entre otras.

²¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

de calificación de la invalidez no gozan del soporte suficiente para considerarse como fundamentos legítimos y constitutivos de la sustitución pensional, ya que ellos no tienen en cuenta las condiciones reales bajo las que se desarrolló y evolucionó la dolencia del señor Jesús Emilio Correa Jaramillo, específicamente en lo relativo a la fecha de estructuración de la invalidez.”

Posteriormente, en la sentencia T-773 de octubre 29 de 2009²², la Corte señaló los criterios que deben observarse en la sustentación de un dictamen técnico científico y precisó las consecuencias que producen éstos cuando pretermiten el debido proceso administrativo, advirtiendo de la invariable proyección de sus vicios en las resoluciones que deciden sobre derechos pensionales apoyadas en actos de calificación de invalidez que adolecen de motivación.

En el estudio del caso de la citada sentencia, el ISS negaba la pensión de invalidez con fundamento en la evaluación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en la que se estableció una determinada fecha de estructuración de invalidez, con desconocimiento de la evolución clínica de la enfermedad que padecía el beneficiario de la prestación, así como otros conceptos médicos y documentos relacionados con el origen de la afección. Al abordar el caso concreto la Corte expresó:

“Advierte la Sala que en efecto ello es así, en primer lugar, ya que en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral no existe ningún tipo de motivación técnico-científica en relación con la fecha fijada como estructuración de la invalidez. En el documento que obra en los folios 22 a 24 del cuaderno 1, simplemente se lee: ‘fecha de estructuración de la invalidez: julio 26 de 2004’.

... ..

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

²² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Respecto a los efectos que producen los dictámenes elaborados con insuficiente motivación, que deciden el reconocimiento o denegación de las prestaciones económicas derivadas de la invalidez, la corte indicó:

“La comprobación de que el dictamen de pérdida de capacidad es violatorio del derecho fundamental al debido proceso produce una vía de hecho por consecuencia en las resoluciones expedidas por el ISS mediante las cuales se negó el derecho a la pensión de invalidez al señor Dueñas pues el primero fue el fundamento de las segundas.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que este fenómeno opera cuando ‘la decisión judicial (i) se basa en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y (ii) que tenga como consecuencia un perjuicio iusfundamental’. Así mismo ha precisado que ‘este concepto puede ser igualmente aplicable a las actuaciones administrativas, en aquellos eventos en los cuales la decisión de la Administración es resultado de la inducción al error de que es víctima el funcionario que la profiere. En estos casos el acto es producto de la actuación negligente de las autoridades administrativas, quienes provocan un actuar equivocado de la Administración que vulnera los derechos fundamentales de las personas involucradas, en especial el derecho fundamental al debido proceso administrativo’ (subrayado fuera del texto original), que fue precisamente lo que aconteció en el presente asunto con la única diferencia de que no fueron autoridades administrativas las que originaron el error sino particulares que ejercen funciones públicas.”

Ahora bien, en sentencia T-014 de enero 20 de 2012²³, esta Corporación se refirió al caso de una persona en situación de discapacidad a quien Cajanal le había negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por cuanto el dictamen de la Junta Regional del Tolima determinó la estructuración de la invalidez en una fecha diferente a la real, por lo que consideró que había vulnerado los derechos fundamentales del accionante y en consecuencia ordenó una nueva valoración por parte de la Junta de Calificación con el propósito de precisar de manera adecuada la fecha de estructuración de la invalidez.

En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-627 de 2013²⁴, analizó los casos de tres accionantes que padecían diabetes

²³ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

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 1° de la Ley 860 de 2003. En ella se observó, 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.

En la citada sentencia, 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**²⁵, a partir del cual, dentro de los 3 años anteriores, cumplían el requisito establecido por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003²⁶.

Por último, esta Corporación en sentencia T-483 de 2013²⁷, conoció en caso en la cual la entidad demandada negó la pensión de invalidez alegando 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, señaló que *“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,*

²⁵ 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’”*.

²⁶ Sentencia T-752 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta” (negrillas no son del texto original).

Respecto a la fecha de estructuración de invalidez, indicó que la *“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 1° de la Ley 860 de 2003, en consecuencia, la Corte ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al accionante.

En sentencia reciente, en el caso de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, la Corte Constitucional ha señalado ciertos criterios que deben tenerse en cuenta al determinar la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral con fines de obtener la correspondiente pensión de invalidez. En efecto, en la sentencia T-752 de 2014²⁸, estableció para estos efectos, que las administradoras de fondos de pensiones, deben verificar la condición de salud derivada de este tipo de enfermedad, constituya una invalidez de más del 50% para el peticionario, y al encontrarse ante un caso de definición retroactiva de la fecha de estructuración de la misma, deberá observar el momento en que materialmente el trabajador no pudo continuar con su desempeño laboral, lo que muchas veces coincide con la última cotización. Dicha situación, debe ser valorada según el acervo probatorio, 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 1° de la Ley 860 de 2003.

En la citada sentencia señaló los siguientes criterios:

“primero, a partir de la emisión del calificación de la pérdida de la capacidad laboral (T-561 de 2013 y T-483-2013); 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

²⁸ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

posterioridad a ese día la persona no hizo ningún aporte porque su condición de invalidez le impidió hacerlo, por lo tanto, la 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 al 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 otras 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.

Así por ejemplo, para el caso de la estructuración de la invalidez a partir del día de la emisión del dictamen de perdida de la capacidad laboral, puede ocurrir que con posterioridad a este el afiliado alcance a cotizar un

considerable número de semanas más que, en principio, no se tendrían en cuenta para el cómputo final, a pesar de que con ellas pueda alcanzar el tantas veces mencionado requisito de las 50 semanas establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

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 peticionario **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 peticionario, 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 1° de la Ley 860 de 2003.” (Subraya y negrilla fuera del texto)*

Con base en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar el caso concreto.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De conformidad con lo advertido en el acápite correspondiente a la formulación del problema jurídico, la Sala Séptima de Revisión deberá establecer si Colpensiones desconoció los derechos fundamentales del actor, al negarle la pensión de invalidez bajo el único argumento de no cumplir el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración del estado de invalidez, fecha establecida por la Junta de Calificación con supuesto

desconocimiento de los conceptos médicos insertos en la historia clínica del paciente.

Para tal efecto, la Sala realizará de manera preliminar el análisis de procedencia de la presente acción de tutela, conforme a las consideraciones expuestas en el presente caso.

4.1 EXAMEN DE PROCEDENCIA

4.1.1 Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 Constitucional y 10 del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no se encuentran en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En el caso examinado se observa que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio, a través de apoderado judicial, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, al mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad.

Por lo anterior, la Sala encuentra que en virtud de la normativa mencionada, al ser el directamente afectado en sus derechos fundamentales, se encuentra legitimado para iniciar la acción.

4.1.2 Legitimación por pasiva

En el presente caso se tiene que el actor demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, por negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, teniendo como argumento que no cumple el requisito de ley de haber cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la pérdida de capacidad.

Lo anterior es a todas luces acertado, pues dicha entidad es la encargada de resolver la situación pensional del actor por ser la receptora de los dineros aportados a pensión obligatoria hechos por el señor Jhon Fredy Salazar Osorio, y la presunta vulneradora de los derechos fundamentales invocados, por lo cual dicha entidad se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

4.1.3 Examen de inmediatez

Respecto al principio de la inmediatez, es importante tener en cuenta que la invalidez puede ser originada, entre otras causas, por enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, cuyo diagnóstico temprano no impide al trabajador desarrollar una vida laboral corriente hasta cuando los síntomas más fuertes se manifiestan, momento en que disminuye su capacidad laboral²⁹.

En ese sentido, la sentencia T-427 de 2012³⁰, 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”

Al verificar el requisito de inmediatez en el caso bajo examen, se tiene que se encuentra superado pues se trata de una enfermedad degenerativa y progresiva como es la diabetes mellitus Dx que padece el accionante desde los 8 años de edad, para lo cual, el no reconocimiento de sus derechos pensionales, se convierte en una vulneración constante y permanente en el tiempo.

4.1.4 Examen del cumplimiento del principio de subsidiariedad

A pesar de que la acción de tutela no fue establecida para garantizar y acceder a derechos que tienen que ver con prestaciones económicas, es claro también, como se esbozó en la parte considerativa de esta providencia, en el presente caso el accionante es sujeto de especial protección constitucional debido a que está en situación de invalidez, y como quiera que desde los 8 años de edad padece de diabetes, el

²⁹ Sentencia T-752 de 2014 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

carácter progresivo y degenerativo de esta enfermedad le ha generado una retinopatía diabética severa en su ojo derecho que afectó totalmente su visión. Igualmente, se observa que depende económicamente de sus familiares, lo que implica un grave estado de precariedad que justifica acudir a la acción de tutela como el mecanismo más expedito para proteger de manera real los derechos fundamentales del demandante, que acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Aunado a lo anterior, al actor, por sufrir dicho síndrome, se le calificó con un 62.95% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 17 de enero de 2012, lo que conlleva a una imposibilidad de continuar en el mercado laboral.

En este orden de ideas, se tiene que el accionante debido a su enfermedad y padecimiento propios de su diagnóstico, no puede laborar ya sea dependiente o independientemente, por lo cual, la pensión de invalidez solicitada constituye el único ingreso que puede percibir para su sustento, es decir, el no reconocimiento de dicha prestación configura una vulneración directa al mínimo vital del petente, lo que causa un perjuicio irremediable que justifica la intervención del juez constitucional.

Es claro para la Sala, entonces, que la acción de tutela procede en este caso, debido a que es el mecanismo idóneo para amparar los derechos invocados por el actor teniendo en cuenta su carácter de persona con especial protección constitucional, situación que pone en evidencia la necesidad de la intervención del juez constitucional.

4.2 PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.2.1 El señor Jhon Fredy Salazar Osorio, actualmente cuenta con 45 años de edad, y padece de diabetes mellitus Dx desde los 8 años. Asegura que el 23 de febrero de 2009, presentó una hemorragia y retinopatía diabética proliferativa severa en su ojo derecho, que afectó totalmente su visión, lo que conllevó a una imposibilidad de continuar trabajando.

De las pruebas aportadas, se observa que Saludcoop EPS lo remitió el día 15 de noviembre de 2011 al ISS para que la Junta de Calificación de Invalidez lo valorara, a pesar de haber sufrido la crisis el 23 de febrero de 2009, como consta de la historia clínica que se anexa al expediente. Igualmente se tiene, que el 23 de agosto de 2012, mediante dictamen se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 62.95%, por enfermedad común con fecha de estructuración del 17 de enero de 2012, lo que considera el accionante que está alejado de la realidad, dado que la fecha de estructuración debió ser el 23 de febrero de 2009,

y sin embargo, no recurrió la decisión como consta de las pruebas aportadas.

A pesar de las circunstancias anteriores, el 27 de septiembre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez ante la entidad accionada, la cual le fue negada mediante Resolución GNR 020357 del 13 de diciembre de 2012, notificada el 13 de enero de 2013, bajo el argumento de que si bien acredita un total de 2.967 días laborados, correspondientes a 423 semanas aproximadamente, no cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Afirma, que desde el 23 de febrero de 2009 no ha podido volver a trabajar debido a que su enfermedad es irreversible con un concepto no favorable de rehabilitación, según el concepto emitido por el médico especialista de Saludcoop EPS. Por lo cual, solicitó que debido a la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra, se le reconozca y pague la pensión de invalidez, teniendo como fecha de estructuración de la enfermedad el día 23 de febrero de 2009, reuniendo así las 50 semanas en los últimos tres años anteriores comprendidos entre el 23 de febrero de 2006 al 23 de febrero de 2009, fecha en la cual perdió definitivamente su capacidad laboral, ya que después continuó cotizando por un período muy breve como independiente, gracias a la ayuda temporal de su padre.

El accionante no interpuso recurso alguno contra la determinación del Fondo de Pensiones, pero considerando su estado de salud y la ausencia de recursos económicos para suplir sus necesidades básicas y los gastos adicionales que acarrearán este tipo de padecimientos, interpuso la acción de tutela como mecanismo definitivo de protección de sus derechos.

Los jueces de instancia negaron el amparo por el incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión, y además, porque dentro del trámite de calificación y valoración se le dio la oportunidad de interponer los recursos de ley, los cuales no fueron interpuestos dentro del término legal quedando agotada la vía gubernativa.

Para esta Sala, no existe duda alguna que se está ante un sujeto de especial protección constitucional, por las siguientes circunstancias: (i) es una persona en situación de discapacidad, (ii) debido a la ceguera que padece y los quebrantos de salud, no puede trabajar para valerse por sí mismo, (iii) el único medio de ingresos para garantizar el acceso al servicio asistencial de salud y la satisfacción de sus necesidades básicas lo constituye la pensión de invalidez y (iv) no cuenta con los medios económicos para garantizar la protección que necesita.

Teniendo en cuenta estos asertos y lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, la Sala encuentra que en el presente asunto la acción de tutela es el mecanismo conducente para la protección apremiante de las garantías fundamentales comprometidas.

- 4.2.2** Para el análisis del caso, la Sala procederá a la verificación de las semanas cotizadas, para determinar si se vulneraron los derechos fundamentales del accionante.

Dentro del expediente se aportaron copias del reporte expedido por Colpensiones de las semanas cotizadas en forma interrumpidas, que comprende desde el 20 de diciembre de 1990 hasta el 31 de enero de 2014, dentro de los cuales consta que en el período comprendido³¹ entre el 23 de febrero de 2006 al 23 de febrero de 2009, es decir, dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a esta última, se observa claramente que los aportes efectuados al sistema de seguridad social, corresponde a un total de 67,72 semanas, de acuerdo a la siguiente información:

DESDE	HASTA	SALARIO	SEMANAS
20/12/1990	06/08/1994	98.700	189,43
28/09/1994	31/12/1994	98.700	13,57
01/01/1995	31/07/1995	160.000	30,00
01/10/1995	31/12/1995	118.934	10,71
01/01/1996	31/12/1996	142.125	51,43
01/01/1997	31/03/1997	172.005	0,29
01/05/1997	31/05/1997	140.804	3,14
01/06/1997	31/12/1997	192.005	30,00
01/01/1998	31/10/1998	227.526	40,43
01/11/1998	30/11/1998	203.825	0,29
01/11/2001	30/11/2001	286.000	4,29
01/08/2007	30/11/2007	433.700	17,14
01/02/2008	29/02/2008	461.500	4,29
01/04/2008	31/12/2008	461.500	34,29
01/01/2009	31/01/2009	398.000	3,43
01/11/2009	31/12/2009	497.000	8,57
01/05/2013	31/05/2013	589.500	4,29
01/07/2013	31/01/2014	589.500	17,14
TOTAL SEMANAS			462,73

- 4.2.3** Esta Sala de Revisión al analizar la evolución de la historia clínica aportada como medio probatorio, observa que si bien registra varios episodios críticos de salud, que van desde el año 1998 hasta diciembre de 2012, en consulta externa de fecha 6 de febrero de 2007 fue registrado *“existe riesgo de sangrado retinal con pérdida permanente e irreversible de su visión central por lo que se indica de carácter*

³¹ Resaltado en negrilla.

prioritario panfotocioagulación retinal. Se orienta que por el daño del nervio óptico su visión en el ojo izquierdo ha disminuido.” Y consulta del 23 de febrero de 2009, donde consta que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio padece de retinopatía diabética proliferativa en ojo derecho³².

A folios 22 se encuentra el concepto emitido por Saludcoop EPS Área de Medicina Laboral, de fecha noviembre 15 de 2011, dirigido a la Administradora del Fondo de pensiones, donde se informa que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio presenta una enfermedad de “*concepto NO favorable de rehabilitación*”.

Posteriormente, mediante valoración médica efectuada en consulta externa del 5 de diciembre de 2012, se consignó en la historia clínica oftalmológica el diagnóstico “*HEMORRAGIA SUBHIALOIDEA (ojo derecho) ESTADO: Confirmado nuevo*” y “*RETINOPATÍA DIABÉTICA SEVERA (ojo derecho) ESTADO: Confirmado nuevo*”

De manera que, se encuentra probado que el señor Jhon Fredy Salazar Osorio, desde el 6 de febrero de 2007 presentaba *riesgo de sangrado retinal con pérdida permanente e irreversible de su visión central* y padecía desde el 23 de febrero de 2009, de una retinopatía diabética proliferativa en ojo derecho que le afectó su visión y lo limitó para trabajar, tal como lo indica el concepto médico emitido por la EPS de “*NO favorable de rehabilitación*”.

Por lo anterior, la Sala considera que el dictamen expedido por la Junta de Invalidez del ISS no establece una fecha de estructuración acorde con la enfermedad que padece el accionante, entre el tiempo de la pérdida de capacidad visual, y la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva.

Es de tener en cuenta, que en criterio de esta Corte los dictámenes de las Juntas de Calificación elaborados sin fundamento fáctico o probatorio, no pueden tenerse como legítimos y constitutivos de la pensión de invalidez, en la medida en que estas actuaciones definen aspectos tan sensibles como la fecha de estructuración de la invalidez, de la que depende el reconocimiento o denegación de derechos pensionales, relacionados indefectiblemente con el núcleo esencial del derecho fundamental a la seguridad social y el mínimo vital.

En ese contexto, se advierte que el accionante (i) padece de una enfermedad degenerativa, y (ii) hasta el 2009 pudo cotizar como trabajador dependiente. En este orden de ideas, en la sentencia T-752 de 2014³³, se dijo que en el caso de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, debe tenerse como fecha de estructuración, la fecha en

³² Folios 20 y 21 del expediente.

³³ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que el trabajador dejó de cotizar como dependiente, pues fue en ese momento donde perdió su fuerza laboral, y no pudo seguir continuar laborando.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas, se observa que el accionante efectuó cotizaciones entre el 1 de agosto de 2007 al 1 de noviembre de 2009, que corresponde a un total de 67,72 semanas, superando las 50 requeridas por la norma. Por esto, aplicando la regla jurisprudencial citada al caso concreto, tenemos que **el señor Jhon Fredy Salazar Osorio, sí cumplió las 50 semanas exigidas en los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez a partir de la última cotización.**

Bajo esta óptica, la Sala procederá a conceder el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad, del señor Jhon Fredy Salazar Osorio, y en consecuencia, a ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, para que dentro de los ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Salazar Osorio, aplicando la regla jurisprudencial referenciada, teniendo en cuenta la última cotización realizada como persona dependiente.

Por lo tanto deja sin efectos ni valor jurídico la Resolución GNR 020357 del 13 de diciembre de 2012, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Salazar Osorio.

4.3 CONCLUSIÓN

La Sala evidencia que, en el caso bajo estudio, se está en presencia de la afectación de los derechos fundamentales del actor teniendo en cuenta el precario estado de salud en que se encuentra, se hace necesario reiterar jurisprudencia constitucional respecto de la fecha de estructuración de la invalidez, la cual nos lleva a concluir que, a pesar de que la Junta de Calificación indicó que la fecha de estructuración de la invalidez del señor Jhon Fredy Salazar Osorio fue el 17 de enero de 2012, ésta no coincide con la realidad de la evolución de su enfermedad, dado que la fecha de estructuración debió ser en febrero de 2009, aproximadamente, cuando el peticionario no pudo seguir laborando, de tal modo que el cumplimiento de los requisitos de la ley que rige al actor para solicitar la pensión de invalidez, se verificaron a partir de esa fecha.

Atendiendo el recuento normativo, se concluye a efecto de resolver el caso bajo estudio que en el escenario de controversias sobre la

determinación de la fecha de estructuración de la invalidez, (i) ésta debe tenerse como el momento en que la persona pierde de manera permanente y definitiva la capacidad laboral, y “*puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación*”. En consecuencia, (ii) el dictamen de las juntas de calificación es *pieza fundamental* en las resoluciones que deciden sobre el reconocimiento o denegación de la pensión de sobreviviente, de ahí la necesidad de que sus determinaciones (iii) se justifiquen en la historia clínica, reportes, valoraciones y demás material probatorio, y que contengan (iv) la decisión clara y expresa sobre la estructuración de la invalidez, por medio de la incorporación de las consideraciones de carácter fáctico sobre el asunto estudiado, con expresa relación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron la discapacidad.

En atención a lo expuesto, la **Sala Séptima de Revisión de tutelas** revocará la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el seis (6) de mayo de dos mil catorce (2014), que confirmó la decisión del Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cali, Valle, el trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014), que negaron el amparo constitucional por improcedente, en el trámite de la acción de tutela incoada por Jhon Fredy Salazar Osorio contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, y en su lugar protegerá los derechos fundamentales invocados por el accionante.

En consecuencia, ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, para que dentro de los ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Salazar Osorio, aplicando la regla jurisprudencial referenciada, teniendo en cuenta la última cotización realizada como persona dependiente.

Por lo tanto ordena dejar sin efectos ni valor jurídico la Resolución GNR 020357 del 13 de diciembre de 2012, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Salazar Osorio.

5. DECISIÓN

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: REVOCAR, la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el seis (6) de mayo de dos mil catorce (2014), que confirmó la decisión del Juzgado Segundo Administrativo Oral de Cali, Valle, el trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014), que negó el amparo constitucional por improcedente, en el trámite de la acción de tutela incoada por Jhon Fredy Salazar Osorio contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, y en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, mínimo vital, al debido proceso y a la igualdad del accionante, invocados por el solicitante, por las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces que, para que dentro de los ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, profiera un acto administrativo en donde reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Salazar Osorio, aplicando la regla jurisprudencial referenciada, teniendo en cuenta la última cotización realizada como persona dependiente.

TERCERO: En consecuencia **DEJAR** sin efectos ni valor jurídico la Resolución GNR 020357 del 13 de diciembre de 2012, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Jhon Fredy Salazar Osorio.

CUARTO: Por Secretaría General librar las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS
Secretario General