

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Barranquilla, agosto (25) del año dos mil dieciséis (2016).

Proceso	Acción de Tutela
Demandante	GLORIA CECILIA CARBONO MORALES
Demandado	COLPENSIONES
Radicado	08 001 31 05 002 2016 00226 01 INT. 00176
Instancia	Segunda
Providencia	Acta No.410
Temas y Subtemas	Reconocimiento pensión de invalidez
Decisión	Revoca Sentencia

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la señora GLORIA CECILIA CARBONO contra Colpensiones en la sentencia emitida por el juzgado Catorce Laboral del Circuito de Barranquilla con fecha de Mayo Veintisiete (27) de Dos Mil Dieciséis (2016).

I. ANTECEDENTES

-La señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, nació el 26 de enero de 1959, por lo que en la actualidad cuenta con 57 años de edad.

-Laboró con los hogares de primera infancia, a pesar de su grave enfermedad renal, la cual se encuentra en su etapa terminal.

-Debido a su grave enfermedad renal- terminal, fue enviada por su EPS a la Junta de calificación de Invalidez del Atlántico, para calificar la pérdida de su capacidad laboral, encontrándose un porcentaje de pérdida del 65.1% y con fecha de estructuración del 19 de abril de 2005, dictamen 4053.

-El día 13 de marzo de 2015, solicitó la pensión por invalidez, la cual le fue negada en la resolución GNR 345156 del 03 de noviembre 2015 por no acreditar las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la calificación de invalidez, como tampoco aplicando el precedente de la Corte Constitucional, dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha del dictamen, debido a que la Junta Regional de Calificaciones de Invalidez del Atlántico, da cuenta que la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, padece de una grave enfermedad degenerativa renal terminal, tiene las 50 semanas exigidas por la ley.

-Que a pesar de que la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, aparece afiliada al Consorcio Prosperar con auxilio del Gobierno desde marzo 1 de 1997, únicamente le reconocen el pago de las semanas cotizadas para el sistema desde el 1º de marzo de 2004 hasta 30 de noviembre de 2015; 21.43 semanas.

-Que las semanas cotizadas por el mandante dentro de los últimos Tres (3) años a la fecha del dictamen fue de 50.57%.

-Que fue calificada y reconocida la enfermedad incapacitante de la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, como enfermedad grave progresiva, por lo tanto al negarle la pensión por invalidez le está causando un perjuicio irremediable por su edad, discapacidad, ausencia de ingresos y por encontrarse en tratamiento por enfermedad grave.

-Que Colpensiones suma los meses, teniendo en cuenta no más 30 días, no existiendo razón para que se le descuenten a los meses que traen 31 días calendario, un día, sumando únicamente 30 días de su cotización, cuando en realidad se trabajan 31, porque este proceder resta siete (7) días a la actora, pues fueron 354 días y no 349, que al dividirlos entre 7 arroja un total de 49.85 semanas. Que teniendo en cuenta como lo ha dicho la corte suprema, que cuando un decimal es superior a cinco debe aproximarse y más aún cuando se está en presencia de rango constitucional como son los de la seguridad social, sentencias 18991 y 27471 del 17 de agosto de 2006, como el decimal que arroja las semanas liquidadas por Colpensiones que da 49.85 debe aproximarse a 50.00.

-El no reconocimiento de la pensión, afecta de esta manera el derecho al mínimo vital pues esta no cuenta con otro ingreso adicional que le permita suplir sus necesidades y las de su núcleo familiar.

II. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción constitucional fue admitida el día tres (03) de junio del año 2016, ordenándose la notificación a las accionadas y concediendo el término de dos (2) días para que se pronuncien sobre los hechos aducidos en el escrito de tutela.

III. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Al ser notificada la acción de tutela, la accionada Colpensiones emite respuesta el día 14 de junio de 2016 donde afirma que la acción de tutela no es procedente cuando existan otros recursos o medios de defensa, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de

Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocidas por la Jurisdicción laboral.

IV. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Evacuado el trámite, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, profirió sentencia el 17 de junio de 2016, donde decidió **Denegar Por Improcedente**, el amparo constitucional invocado por la señora GLORA CECILIA CARBONO MORALES, a través de apoderado judicial, contra Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo y la inexistencia de un perjuicio irremediable.

V. LA IMPUGNACIÓN

En calidad de apoderada judicial de la accionante, la doctora Yolanda Pájaro de Carrasquilla, manifiesta inconformidad con respecto a la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia porque el argumento de la sentencia de primera instancia afirma que el mandante debió acudir a la justicia ordinaria, y a su parecer no existe perjuicio irremediable, que con este fallo se desconocen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y al mínimo vital de las personas que padecen una enfermedad de carácter degenerativo, cuando el fondo de pensiones se niega a reconocer las semanas cotizadas después de la estructuración de la invalidez.

Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación establecer si con la determinación de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de negar la pensión de invalidez a la señora

GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, se vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social.

Para tal efecto, realizará un estudio breve acerca de La procedencia de la acción de tutela frente a las personas discapacitadas que solicitan el reconocimiento de la pensión de invalidez y el régimen aplicable para el reconocimiento de esta prestación económica consagrado en el numeral 1° del artículo 1° de Ley 860 de 2003, procedencia de la acción frente al reconocimiento de pensiones, Derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y luego referirse al caso en concreto.

VI. CONSIDERACIONES

La acción de Tutela se encuentra expresamente consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, como un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales, cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la Ley; opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo ellos, este no resulte eficaz para dicha protección, o se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Marco Constitucional y legal del derecho del derecho a la Seguridad Social.

Consagró el constituyente de 1991, a través del artículo 48 de la

Carta Política, como un derecho de todas las personas, el derecho irrenunciable a la seguridad social, para tal efecto, delegó en el Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo éste derecho, a través del reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas ante la ocurrencia de cualquiera de las contingencias que puedan sufrir las personas a lo largo de su vida.

En desarrollo de lo dispuesto por la Carta Política, el legislador, mediante la Ley 100 de 1993, creó el Sistema de Seguridad Social Integral el cual se encuentra conformado por normas, procedimientos y entidades públicas y privadas y cuya finalidad es la de dirigir, controlar, planear y ejecutar las actividades que dichas entidades realicen para garantizar el acceso a los servicios de la seguridad social y la ampliación de la cobertura de la misma.

La citada ley creó el Sistema General de Pensiones, el cual se encuentra integrado por dos regímenes excluyentes, el de Prima Media con prestación definida y del de Ahorro Individual, destinados a la protección de la población afiliada frente a las contingencias de invalidez, vejez y muerte, disponiendo para ello el lleno de requisitos.

La acción de tutela frente al reconocimiento de pensiones.

La Corte Constitucional ha indicado en múltiples oportunidades que *“por regla general la acción de tutela resulta improcedente frente al reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. Lo anterior por cuanto se espera que el interesado formule su pretensión en los escenarios procesales especialmente diseñados por el legislador para dirimir las controversias de esa naturaleza, es decir, ante la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa, según el caso. No*

obstante, con el objeto de armonizar el alcance de los principios de subsidiariedad de la acción de tutela, y efectividad de los derechos fundamentales, la Corporación ha precisado que en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable”.

Para este propósito, el Tribunal Constitucional ha estudiado dos situaciones distintas de procedibilidad: cuando la acción de tutela (i) se interpone como mecanismo principal o; (ii) se ejercita como medio de defensa transitorio, a efecto de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Al respecto, en sentencia T-235 de 2010 la Corte señaló que para que la acción proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, estos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela. En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva.

En sentencia T-721 de 2012 insistió el máximo Organismo Constitucional que *“la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la*

pretensión de amparo. Por eso, ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante. En esa dirección, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), la composición del núcleo familiar (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado de salud (condición de discapacidad, padecimiento de enfermedades importantes), las condiciones socioculturales (grado de formación escolar y potencial conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer) y las circunstancias económicas (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico, calidad de desempleo) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada".

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

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

Esta consideración resulta de la mayor relevancia en el escenario de la acción de tutela contra decisiones que han negado una garantía pensional, ya que los beneficiarios de este tipo de prestaciones son por regla general personas con determinados grados de vulnerabilidad en razón de su pérdida

de capacidad laboral y el deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la tercera edad o de las enfermedades o accidentes sufridos, lo cual les impide realizar actividades económicas que reviertan en la posibilidad de asegurar los medios necesarios para la satisfacción de sus derechos fundamentales. En ese contexto, entonces, exigir idénticas cargas procesales a personas que soportan diferencias materiales relevantes, frente a quienes no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones.

En particular, en relación con los reclamos relativos al reconocimiento de pensiones de invalidez, la Corte Constitucional en la Sentencia T-721 de 2012, recordó que ha instado a tener en cuenta un aspecto clave: *“el papel que cumple esta prestación como mecanismo de compensación económica destinado a satisfacer las necesidades de quienes no pueden acceder a otra fuente de ingresos, tras haber sufrido una pérdida considerable de su capacidad laboral. En la misma decisión, la Sala señaló que las solicitudes de tutela encaminadas al reconocimiento de una pensión de invalidez, implican, de entrada, que esas peticiones son formuladas por personas en situación de vulnerabilidad, y que la negativa al reconocimiento pensional o la mora en el pago de las mesadas puede conducir a la profundización de su estado de fragilidad, así como a la infracción de otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, o el mínimo vital de los accionantes y su núcleo familiar”*.

Por último, en el contexto de la acción de tutela contra decisiones de una entidad administradora de pensiones de

cualquiera de los regímenes de seguridad social (o de los ex empleadores encargados de la satisfacción de esta categoría de prestaciones), la Corte ha estimado necesaria la comprobación de un grado mínimo de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado por parte del actor, y la afectación del mínimo vital como consecuencia de la negación del derecho pensional. A su turno, para la prosperidad material de la acción (presupuesto de fondo), la Corte ha exigido que se presente un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y titularidad del derecho reclamado.

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

Derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Ha sido reiterativa la Corte Constitucional y en múltiples pronunciamientos, ha reconocido la condición especial de las personas que sufren enfermedades crónicas degenerativas o congénitas, en relación con su derecho a la pensión de invalidez. En este aspecto la Corte ha precisado que existe un

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

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

La disposición en mención consagra, como supuesto fáctico, que los tres (3) años anteriores para completar las 50 semanas requeridas, se cuentan a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, el momento a partir del cual la persona ha perdido la capacidad de laborar en tal grado, que le es imposible seguir cotizando al Sistema. La determinación de cuándo se tiene una pérdida de capacidad relevante para efectos pensionales, se establece a través del dictamen médico que realizan las entidades señaladas por la ley como competentes para el tema.

En el caso de enfermedades o accidentes tanto de origen común o laboral, que conducen a una pérdida de capacidad permanente y definitiva, generalmente la fecha de

estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho establecido en los dictámenes de calificación médica. Sin embargo, existen casos en los que la fecha de la pérdida de capacidad es diferente a la fecha de estructuración indicada en el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral.

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

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

En estas situaciones, como la enfermedad tiene efectos paulatinos y progresivos, la persona puede seguir con su actividad laboral con relativa normalidad, hasta que por su

situación de salud le resulta imposible seguir laborando y en consecuencia continuar cotizando al sistema de seguridad social. De esta manera, la situación de la pérdida de la capacidad laboral se torna fundamental, en tanto la persona adquiere derecho a la pensión de invalidez en razón de su imposibilidad para seguir trabajando y cotizando al sistema, evento en el cual, las Juntas de Calificación de Invalidez, al realizar un estudio técnico crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no puede seguir laborando.

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

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

La Corte Constitucional en sentencia T-699A de 2007, señaló que *“es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la*

persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez".

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

Posteriormente la Corte Constitucional además de reiterar los planteamientos que inicialmente se habían sentado en los casos de las sentencias anteriores de personas afectadas por VIH-SIDA, decidió ampliar el precedente, al estudiar el caso de una persona afectada por una **insuficiencia renal crónica terminal**. En efecto, en la Sentencia T-163 de 2011, la Corte señaló que: “cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez.”

Sigue manifestando la Corte que “En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de

invalidéz cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidéz crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema."

Ha dicho la Corte Constitucional que al realizar un estudio de esta línea jurisprudencial y evidenciar los problemas que se han generado respecto a la fecha de estructuración de la invalidéz, en los casos de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas de deterioro progresivo, sé que:

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

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

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

con una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva.

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

Caso concreto.

La señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, a través de apoderado judicial presentó acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al considerar vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, la igualdad, la salud y la seguridad social por haberle negado la pensión de invalidez, mediante Resolución GNR 345156 del 03 de noviembre de 2015, no obstante dictaminar la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico una pérdida de la capacidad laboral de 65.1 y haber cotizado 212.43 semanas, de las cuales 50 se dieron dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración.

Advierte esta Corporación que el Juez del Conocimiento niega la tutela manifestando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo y la inexistencia de un perjuicio irremediable.

Erro el a-quo en su apreciación porque en el presente caso la acción de tutela resulta indiscutiblemente procedente atendiendo al estado de profunda vulnerabilidad padecido por la accionante, quien ha sido calificada con una pérdida de capacidad laboral del 65.1%, aspecto que denota sus difíciles condiciones de salud y de posibilidad de auto sostenimiento económico, siendo estos elementos suficientes para concluir que los medios ordinarios de defensa judicial son ineficaces en el caso concreto, en razón de las complejas condiciones de existencia de la demandante.

La Sala encuentra que en el presente caso se cumplen los requisitos señalados, habida cuenta que la accionante es una persona de 57 años de edad, que padece serios problemas de salud, al punto que le realizan tres (3) sesiones de **HEMODIALISIS** semanales durante cuatro (4) horas, desde las 6:30 a.m., hasta las 11:30 a.m., los días martes, jueves y viernes, tal como se desprende de la documental visible a folio 26; toda vez el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez no afectará los derechos de terceros y el principio de seguridad jurídica; y lleva dos años intentando obtener el pago de esa prestación, mediante el agotamiento de los recursos administrativos.

Así mismo, observa la Sala, que la discusión trasciende, ante la negativa de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al reconocimiento de la pensión de invalidez a la accionante, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al no aplicar la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los principios constitucionales sobre procedencia de la acción frente al reconocimiento de pensiones y la del Derecho a la pensión de invalidez en casos de enfermedades

crónicas, degenerativas o congénitas, de acuerdo a lo reseñado en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-699-2007, T-710-2009, T-163-2011, T-671-2011 y T-885-2011), cuando adoctrino:

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

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

En la Sentencia T-163 de 2011, la Sala Primera de Revisión señaló que: "cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la

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

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

Finalmente en la sentencia T-885 de 2011, al estudiar nuevamente un caso de una persona con VIH-Sida, reiteró la regla constitucional sentada en la sentencia T-163 de 2011, expresando que la fecha de estructuración registrada en el dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral, no representaba “el momento en que el peticionario perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo establece el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, porque el actor estuvo laboralmente activo hasta el año 2009. Es la fecha de la calificación de la invalidez, como se desprende de las consideraciones expuestas, la que se debe tener en cuenta,

dadas las especiales condiciones de salud del actor, y el hecho de que continuó aportando al Sistema, alcanzando a cotizar un total de 147 semanas, a pesar de los síntomas de su enfermedad VIH." En consecuencia la Sala concedió la tutela de los derechos y ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, al comprobar que el accionante reunía las semanas necesarias para satisfacer el requisito de cotización, siempre y cuando se tomaran en cuenta los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración fijada por la junta de calificación, hasta el día en que se profirió el dictamen.

Conocidas las especiales circunstancias en que se halla la accionante quien tiene una pérdida más del 65.10% de su capacidad laboral, según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico (folios 50 a 53), y teniendo en cuenta la protección de que gozan las personas que se encuentran en situación de discapacidad.

En consecuencia, debe verificarse, si por su condición de debilidad manifiesta, la accionante cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional, encontrándonos que del reporte de semanas cotizadas visible a folios 10 y 11, se desprende que la aquí accionante cotizó al Sistema un total de 212.43, en el periodo comprendido entre el 01/03/2004 al 30/11/2015, por lo cual debe establecerse si cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico (folios 50 a 53), se desprende que la accionante fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 65.10%, fecha de estructuración del 30 de junio de 2002 y de la Resolución GNR 345176 del 03 de noviembre de 2015, se desprende que la accionante dentro del periodo 19/04/2005 al 01/03/2004, cotizó al Sistema un total de 349 días, para un total de 49 semanas, por lo que el ente accionado negó la prestación

solicitada; sin embargo observa la Sala que en el periodo comprendido entre el 01/02/2005 al 31/01/2006, la accionante alcanzó a cotizar 51,43 semanas, posteriores a la fecha de estructuración y del dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez. Que la entidad accionada actuó en contravía de la Jurisprudencia Constitucional, toda vez que no tuvo en cuenta las semanas cotizadas por la demandante después de la estructuración de la invalidez. Por lo que se hace necesario traer a colación la sentencia de tutela 043 de 2014:

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

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

Con base en las anteriores consideraciones es viable concluir que, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a quien se le ha determinado una fecha de estructuración de invalidez en forma retroactiva, deberá tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el tiempo comprendido entre dicha fecha, y el momento en que la persona pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva. Es decir, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe alcanzar un grado de determinación que refleje la situación

médica y laboral real de la persona. (Negrillas y Subrayas de la Sala).

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

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

Conforme a lo jurisprudencialmente descrito, y teniendo en cuenta que la accionante cotizó **212,43** semanas entre el periodo comprendido entre 01/03/2004 al 30/11/2015, fecha en que efectivamente pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva y por presentar **65.10%** de pérdida de capacidad laboral, debe concluirse que tiene derecho a la pensión de invalidez reclamada, con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que al tenor literal consagra lo siguiente:

"Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1.- Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Y sin en gracia de discusión no se accediera bajo el argumento anterior a lo pretendido por la accionante, es menester indicar que la accionada negó el derecho a la demandante por haber cotizado en el periodo 19/04/2005 al 01/03/2004, un total de 349 días, para alcanzar 49 semanas de cotización; empero observa la Sala que al realizar las operaciones matemáticas del caso al dividir el número de días (349) entre 7, nos arroja un total de 49,85, cifra que se debió aproximar a los 50, tal como lo dispone la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, al resolver un caso de estas aproximaciones, sentencia 39196 del 24 de agosto de 2010 M.P. Dr. Eduardo López Villegas al considerar:

“Para la Corte la equivocación fáctica que se le atribuye al juzgador de segundo grado, resulta intrascendente frente a la decisión adoptada en la sentencia, pues aún en el evento de que no fuera viable contabilizar la doble cotización hecha por el mes de noviembre de 2001, lo cual es un aspecto jurídico no cuestionable por esta vía, y que en realidad la totalidad de cotizaciones en el año inmediatamente anterior a la muerte de la afiliada ascienda a 25,71 semanas como lo pregonan la censura y no a 30 como lo estimó el Tribunal, esto no cambiaría la solución dada al sub lite en la instancia, toda vez que la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que cuando como aquí ocurre, la fracción de semanas de cotización supera el 0.5, por razones de justicia y equidad, la cifra debe ser aproximada al entero siguiente, para evitar en el caso de una pensión de sobrevivientes dejar a una familia en el desamparo, por faltar una cantidad ínfima para cumplir el requisito legal de número mínimo de cotizaciones.

Lo anterior conlleva entonces, a que las 25,71 semanas de cotización efectuadas por la causante se aproximen a 26, cumpliéndose así el requisito que exige el literal b) del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, aplicable a esta controversia, para que sus beneficiarios accedan a la pensión de supervivencia.

Para ilustrar la posición de la Corte sobre el tema basta remitirse a la sentencia de 8 de abril de 2008, rad. N° 28547 donde dejó estas enseñanzas:

“Bien se ha señalado por la doctrina que la equidad no es nada distinto de la justicia en el caso concreto y, si bien, el Sistema de Seguridad Social no se erige en un mecanismo de beneficencia ni de asistencia social, el resultado denegatorio de una pensión de sobrevivientes, perteneciente al mismo, por un faltante de 0.29 centésimas de una cifra, ciertamente que habilitaban al juzgador para ponderar adecuadamente la tensión resultante de la literalidad normativa con la equidad como criterio auxiliar, dentro del marco de la calidad de Estado Social de Derecho insuflado a Colombia por la Carta de 1991.

“Y esa ponderación se torna imperativa porque, a diferencia de lo expuesto por la censura sobre la presunta actitud del conglomerado social respecto de las previas reglas fijadas para dispensar las prestaciones propias del Sistema de Seguridad Social Integral, una solución denegatoria, en el caso de la pensión de sobrevivientes, con compañera permanente e hijo involucrados, bajo el adusto y lapidario argumento de la aplicación ad litteram de la preceptiva en cuestión, lo que genera es un sentimiento de reprobación social ante el despropósito al que se llega, ya que es ostensible la vastísima desproporción entre los perjuicios trascendentes generados para quienes son excluidos de los beneficios del sistema por el írrito guarismo, con los presuntos que recibe el sistema al dispensar la prestación bajo las especialísimas circunstancias del sub lite.

“Y, la solución dada a la ponderación de las tensiones indicadas, estima la Sala, evita una manifiesta inequidad jurídica que, ciertamente, el legislador habría impedido, de haberlo podido prever, mas, ante el carácter falible del ser humano que le restringe la posibilidad de avizorar la totalidad de la casuística futura, corresponde entonces al dispensador de justicia, en cada caso concreto, hacer actuar el derecho de una manera cuidadosa y prudentemente balanceada, ya que, como se ha dicho, no hay peor injusticia que la cometida so pretexto de administrar justicia.

“A la misma solución asumida por el Tribunal ha tenido que arribar la Corte, y por similares motivaciones, en pos de conjurar soluciones que se divorcian del sentido de equidad que debe permear cada decisión emitida, y a las que la existencia de los casos referenciados por el censor, antes que abrirles paso, han de cerrárselo para evitar su repetición, consolidación o justificación en el ámbito judicial; así, en sentencia (de instancia)

de 17 de agosto de 2006, radicación 27471, en la que, además, se fijó el necesario tope de afinamiento echado de menos por la censura en el fallo gravado, se dijo:

' ...dicho señor estuvo afiliado a la entidad demandada para los riesgos de I.V.M., habiéndole cotizado hasta el 28 de febrero de 1998, un total de 381 semanas (folios 3), de las cuales 299.8571, fueron sufragadas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; que deben aproximarse a las 300 exigidas por el artículo 6°, literal b) del referido Acuerdo, pues estima la Sala, que en todos aquellos casos, que como en el presente el decimal es superior a 0.5, por razones de justicia, equidad y por tratarse de una prestación de la seguridad social, cabe aproximarse tal como ya se había adoctrinado en sentencia de casación del 4 de diciembre de 2002, con radicación 18991, en la cual expresó:

'En estas condiciones no se equivocó el Tribunal al tomar en cuenta las semanas aportadas por el causante entre el 1° de febrero y el 31 de julio de 1998 para establecer que el total de días cotizados por éste, en el último año anterior a su fallecimiento ascendió a 181 días equivalentes a un total de 25.85 semanas, que estimó debía aproximarse en aras de la equidad a 26 semanas teniendo presente que el decimal es superior 0.5.'

Así las cosas, se revocara la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar, serán tutelados los derechos fundamentales invocados por la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, a cuyo favor se dispondrá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, Seccional Atlántico, expida la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, en cuantía no inferior al salario mínimo legal vigente, que pagará, en un término no superior a los quince (15) días hábiles subsiguientes.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la providencia que se revisa por vía de impugnación proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, en la acción de tutela interpuesta por la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES identificada con la cedula de ciudadanía 32.623.022 contra COLPENSIONES.

SEGUNDO: En su lugar, se dispone **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social, la igualdad, el mínimo vital y la vida digna del accionante, ordenando a COLPENSIONES Seccional Atlántico que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia expida la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora GLORIA CECILIA CARBONO MORALES, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, que pagará, en un término no superior a los quince (15) días hábiles subsiguientes.

TERCERO: Notifíquese lo decidido a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Ordenar la remisión de este expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Magistrados,

NORA EDITH MÉNDEZ ÁLVAREZ

2016-0226

KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

JESUS BALAGUERA TORNE.

Salva voto