Sentencia T-095/22

Expediente: T-8.093.348

Asunto: Acción de tutela presentada por Jair Antonio Morales Vélez en contra de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrado ponente:
JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najjar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos emitidos por los jueces de tutela en primera y segunda instancia, respecto de la acción presentada por el señor Jair Antonio Morales Vélez en contra de Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (en adelante Protección).

I. ANTECEDENTES

- 1. Hechos probados.** El señor Jair Antonio Morales Vélez nació el 4 de abril de 1959 y a la fecha tiene 62 años¹.
2. El accionante cuenta con Puntaje Sisbén III 46,51 según última actualización realizada el día 25 de septiembre de 2018² y tiene una antigüedad de 67 meses en la encuesta.
3. Según certificado de historia laboral generado el 9 de octubre de 2020 por Protección, el señor Jair Antonio Morales Vélez tiene un total de 152.43 semanas cotizadas.
4. El señor Jair Antonio Morales Vélez desempeñó el cargo de ayudante

¹ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Cédula de ciudadanía de Jair Antonio Morales Vélez, p. 37.

² Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Certificación Sisbén, p. 24.

avanzado en la sociedad Grupo Soluciones & Montajes S.A.S., identificada con N.I.T. 900.168.386-4 desde el 21 de febrero de 2017 hasta el 30 de agosto de 2019, tal y como consta en certificado laboral expedido por la compañía³.

5. En palabras del accionante⁴ el contrato fue terminado toda vez que le era imposible seguir trabajando debido al avance de su miopía degenerativa con desprendimiento de retina y su discopatía lumbar degenerativa.

6. Que para el año 2020, los aportes realizados al Sistema General de Pensiones fueron realizados por Comfama por concepto de subsidio de desempleo⁵.

7. El 9 de abril de 2018, Protección por medio de su aseguradora, Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., expidió dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional al señor Jair Antonio Morales Vélez. El dictamen determina un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 66.04% de origen común y fija como fecha de estructuración el 29 de septiembre de 2017⁶.

8. El dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, establece que la calificación o valoración de deficiencias está asignada de la siguiente manera: (i) Miopía degenerativa con desprendimiento de retina – 74,45%, (ii) discopatía lumbar degenerativa – 7% y (iii) lesión del nervio peroneo derecho (dolor residual) – 1%. Estas deficiencias, arrojan un ponderado total equivalente al 38.24% de pérdida de capacidad laboral que, sumado a un porcentaje de 27.8% de pérdida de capacidad en el rol laboral, arroja un total de pérdida de capacidad laboral (PCL) equivalente a 66.04%. La fecha de estructuración de la PCL fue fijada el 29 de septiembre de 2017 en razón a que esa es la fecha de valoración por oftalmología *con diagnóstico de retinopatía miópica degenerativa severa*. Dentro de sus conclusiones, el dictamen afirma que el señor Jair Antonio Morales Vélez ha sufrido de fractura de pilón tibial derecho y que tiene *“además antecedente de desprendimiento de retina en 2014, en septiembre de 2017, con trauma ocular en ojo en evento laboral, con posterior deterioro severo de la visión bilateral, con manejo y controles por oftalmología y retinología con diagnóstico catarata senil, miopía degenerativa, desprendimiento de la retina. Tiene dictamen de ARL Colmena y JRCI de Antioquia de diciembre de 2017; con calificación de origen: miopía no derivada de accidente de trabajo. Sospecha de glaucoma OI no derivado del accidente de trabajo en estudio.”*⁷ El dictamen fue apelado por el accionante en relación con la fecha de estructuración de la invalidez⁸. En consecuencia, el caso fue remitido por Protección a la Junta

³ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Certificado Laboral, p. 33.

⁴ Expediente digital T-7.093.348: “01ESCRITO DE TUTELA”: Escrito de tutela, numeral quinto, p. 2.

⁵ Expediente digital T-7.093.348: “01ESCRITO DE TUTELA”: Escrito de tutela, numeral noveno, p. 3.

⁶ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional proferido el 9 de abril de 2018, p. 12.

⁷ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional proferido el 9 de abril de 2018, p. 17.

⁸ Expediente digital T-7.093.348: “EXPEDIENTE JAIR ANTONIO MORALES VELEZ RDO 73348.pdf” p 14.

Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia.

9. En dictamen 073348-2018⁹ del 8 de agosto de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia revisó la fecha de estructuración de la invalidez del señor Morales y concluyó lo siguiente:

“De acuerdo con los fundamentos de hecho y derecho tenidos en cuenta la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ANTIOQUIA dictamina que la fecha de estructuración corresponde al 29 de septiembre de 2017, fecha dada en calificación de primera oportunidad, ya que para esta fecha el paciente ya tiene la patología visual actual y las secuelas del trauma en pilón tibial, de manera que es esta fecha, ya alcanzó el estado de invalidez y desde entonces no ha tenido mejoría en su salud”.

10. Con base en el dictamen señalado, el señor Jair Antonio Morales Vélez solicitó a Protección el reconocimiento de su pensión de invalidez.

11. El 16 de abril de 2020, Protección negó el reconocimiento de la pensión de invalidez,¹⁰ toda vez que, para la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, esto es, el 29 de septiembre de 2017, el señor Jair Antonio Morales Vélez no contaba con las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Según la negativa, el accionante sólo contaba con 27.14 semanas cotizadas dentro de ese período, lo cual, de conformidad a lo establecido en la Ley 860 de 2003, resultaba insuficiente para el reconocimiento de la pensión. De manera subsidiaria, Protección reconoció a favor del accionante la prestación de devolución de saldos, la cual no fue solicitada ni reclamada por parte del accionante.

12. El 27 de octubre de 2020 el accionante presentó una solicitud de reconsideración¹¹ de la decisión de Protección. Argumentó que las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la PCL deben contarse para la pensión de invalidez, citando jurisprudencia de esta Corte relativa a la pensión de invalidez por enfermedades crónicas o degenerativas¹².

13. Protección resolvió de forma negativa la solicitud de reconsideración antedicha mediante comunicación del 28 de octubre de 2020¹³. Reiteró la decisión del rechazo por el incumplimiento del artículo 1 de la Ley 860 de 2003

⁹ Expediente digital T-7.093.348: “EXPEDIENTE JAIR ANTONIO MORALES VELEZ RDO 73348.pdf” p 209.

¹⁰ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Comunicación Protección del 16 de abril de 2020, p. 7.

¹¹ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Reconsideración de negativa de pensión de invalidez del 27 de octubre de 2020, p. 5.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-046 de 2019 y SU-558 de 2016.

¹³ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOACCION”: Respuesta a la solicitud de reconsideración expedida por Protección el 28 de octubre de 2020, p. 2.

y en consecuencia confirmó la negativa notificada el 16 de abril de 2020.

14. *Solicitud de amparo constitucional.* Agotados los anteriores trámites, el señor Jair Antonio Morales Vélez promovió acción de tutela, mediante apoderado, en contra de Protección ante el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Itagüí con el fin de que se “(i) *conceda el amparo a los derechos constitucionales a (sic) al mínimo vital, a la seguridad y protección social, a la salud, a la vida en condiciones dignas del señor JAIR ANTONIO MORALES VÉLEZ* (ii) (...) *ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia reconozca, liquide y pague al señor JAIR ANTONIO MORALES VÉLEZ, la pensión de invalidez desde la fecha de calificación y (iii) (...) se proteja el derecho fundamental constitucional a la igualdad en el presente caso, puesto que no es justo que asuntos similares tratados por la Corte Constitucional sean tratados de manera distinta.*”¹⁴

15. En la acción de tutela, además de referirse a los hechos que han sido descritos en este apartado, indicó que el tutelante es una persona en severas condiciones de indefensión y vulnerabilidad. Según el texto de tutela, el accionante actualmente se encuentra viviendo en una habitación en arriendo y no cuenta con ingresos. Expresó que al no tener un ingreso diferente al que provendría de una pensión y debido a su progresivo deterioro de estado de salud o invalidez, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. Afirmó que el accionante se encuentra en una severa condición de indefensión y vulnerabilidad y actualmente “*tiene graves problemas para garantizar su mínimo vital como alimentación, vestuario y de salud, pues no se encuentre (sic) trabajando*”¹⁵.

16. Fundamentalmente, el apoderado expuso en el escrito de tutela que el señor Jair Antonio Morales Vélez realizó aportes al sistema general de pensiones después de la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, cotizaciones que “*se hicieron en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual*”¹⁶, tal como consta, según el apoderado, en el certificado laboral expedido por la compañía Grupo Soluciones & Montajes S.A.S. Según el apoderado, la decisión de no conceder la pensión de invalidez al no tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, contraría el precedente constitucional, principalmente las sentencias; SU-588 de 2016, T-059 de 2020, T-177 de 2020, T-240 de 2019, T-046 de 2019, T-469 de 2018, T-484 de 2019. En el mismo sentido, afirmó que la tutela es procedente en el caso objeto de estudio en línea con lo dispuesto en Sentencia T-059 de 2020.

17. *Trámite procesal de la acción de tutela.* el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Itagüí, mediante proveído del 29 de octubre de 2020,

¹⁴ Expediente digital T-7.093.348: “01ESCRITO DE TUTELA”, Pretensiones, p. 6.

¹⁵ Expediente digital T-7.093.348: “01ESCRITO DE TUTELA”, p. 2.

¹⁶ Expediente digital T-7.093.348: “01ESCRITO DE TUTELA”, p. 3.

admitió la tutela.¹⁷ De igual forma, ofició a la accionada para que se pronunciara sobre los hechos expuestos en la demanda.

18. Contestación de la parte accionada. La Representante Legal Judicial de Protección, en escrito del 3 de noviembre de 2020, si bien reconoció que las semanas cotizadas por el accionante en los tres años anteriores a la PCL no eran 27.14, sino 29.14, insistió en que el accionante no cumplía con el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 11 de la Ley 860 de 2003, esto es, contar con las 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Frente a las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, señaló:

“La anterior definición se realizó así, pues a pesar de que el actor cuenta con cotizaciones posteriores al 29 de septiembre del 2017, estos fueron posteriores a la fecha de estructuración de su invalidez y no pueden ser tenidos en cuenta para el cálculo de las semanas exigidas, ya que en nuestra legislación de Seguridad Social no existe un precepto que permita efectuar “aportes para el reconocimiento de prestaciones económicas con efectos retroactivos”, tal como en forma detallada se explicará en el acápite del marco normativo.

(...)

Vale la pena resaltar que se ha establecido por el legislador que los pagos al sistema general de pensiones NO tengan efectos retroactivos para la definición de prestación (sic) económicas con la finalidad de evitar que se comentan fraudes al sistema, pues cualquier persona podría aportar de manera voluntaria al fondo de pensiones en cualquier tiempo y con ello adecuar la norma a su caso particular, aprovechándose así de los beneficios que el sistema ha instituido con una finalidad específica; en virtud de ello la ley es clara en delimitar los términos en que deben acreditarse los requisitos para acceder a las prestaciones económicas, que en el caso particular es de 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, disposición que no da lugar a interpretaciones diversas.

Lo anterior, significa que al realizar el tutelante los aportes a pensión obligatoria después de la fecha de estructuración, no revive la cobertura del seguro previsional, toda vez que, de acuerdo con la teoría del riesgo, este se debe cubrir antes de la ocurrencia del siniestro. Ese es el espíritu del artículo 53 del numeral 4 del Decreto 1406 de 1999, según el cual el empleador moroso puede efectuar el pago de las obligaciones atrasadas

¹⁷ Expediente digital T-7.093.348: “07FALLO DE TUTELA”, p. 4.

*mientras no se haya producido el siniestro”.*¹⁸

19. Igualmente solicitó declarar improcedente la acción de tutela. Señaló que la tutela no es el medio para solicitar el pago de una pretensión económica, más aún cuando el accionante nunca acudió a la jurisdicción ordinaria laboral. Para ello planteó los siguientes argumentos:

*“Ahora bien, si el accionante insiste en que se le debe reconocer la prestación pretendida, necesariamente tendrá que acudir ante la **JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL**, para que sea el Juez ordinario laboral quien dirima la controversia presentada, ya que el escenario para discutir este tipo de pretensiones es el de la justicia ordinaria, en el que se dé la oportunidad a las partes de ejercer el derecho de defensa y la **CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS A LO LARGO DEL PROCESO**. Por lo tanto, el juez de tutela **NO ES EL COMPETENTE** para dirimir una controversia en torno a si se concede o no una pensión de invalidez, sino el juez ordinario laboral.*

Y es que como lo ha advertido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas, precisamente por el carácter subsidiario que se le ha dado a la misma, máxime cuando en el presente caso se cuenta con el proceso ordinario laboral para solicitar el reconocimiento de la pensión deprecada y que de la prueba que obra en el trámite de tutela no se concluye que se esté vulnerando el mínimo vital y móvil del peticionario.

*Y es que como lo ha advertido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento de prestaciones económicas, precisamente por el carácter subsidiario que se le ha dado a la misma, máxime cuando en el presente caso se cuenta con el proceso ordinario laboral para solicitar el reconocimiento de la pensión deprecada y que de la prueba que obra en el trámite de tutela no se concluye que se esté vulnerando el mínimo vital y móvil del peticionario.”*¹⁹(negritas en el texto original)

20. Sentencia de primera instancia.²⁰ En sentencia del 10 de noviembre de 2020, el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Itagüí decidió, en primera instancia, declarar improcedente el mecanismo de amparo constitucional al considerar que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad toda vez que no se agotó la vía ordinaria al no acudir a la justicia laboral, ni se

¹⁸ Expediente digital T-7.093.348: “05CONTESTACIÓN TUTELA”, p. 6.

¹⁹ Expediente digital T-7.093.348: “05CONTESTACIÓN TUTELA”, p. 8.

²⁰ Expediente digital T-7.093.348: “07FALLO DE TUTELA”, p. 1-11.

demonstró la configuración de un perjuicio irremediable.

21. Impugnación. Mediante apoderado, el señor Jair Antonio Morales Vélez impugnó la decisión y reiteró los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la acción de tutela. Solicitó “*se le dé el valor jurídico vinculante a las sentencias de unificación y demás precedentes constitucionales que confirma la sentencia unificadora y en consecuencia: REVOQUE la sentencia proferida por el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple*²¹” y en consecuencia se acceda a las pretensiones consignadas en el escrito de tutela.

22. Sentencia de segunda instancia.²² En sentencia del 14 de diciembre de 2020, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí confirmó la sentencia de primera instancia. En segunda instancia, el despacho consideró improcedente la acción por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, y por no acreditarse la existencia de un perjuicio irremediable que hiciese procedente la acción como mecanismo transitorio.

Actuaciones en sede de revisión

23. Auto de pruebas del 10 de mayo de 2021. Con el ánimo de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver la controversia constitucional, el Magistrado sustanciador estimó pertinente requerir a las partes y a algunas autoridades a fin de que informaran al despacho sobre: (i) las circunstancias personales del señor Jair Antonio Morales Vélez; (ii) su historial de aportes al sistema general de pensiones; y (iii) las razones que dieron lugar a su invalidez y verificar la existencia de capacidad laboral residual posterior a la fecha de estructuración.

24. En correo electrónico del 13 de mayo de 2021, la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías – Asofondos, informó que el accionante tiene una vinculación ante Protección desde el 1 de marzo de 2017²³. Igualmente, mediante respuesta al oficio, afirmaron que Asofondos carece de competencia para pronunciarse, participar, realizar o brindar acompañamiento de algún tipo a las administradoras frente a los trámites de afiliación, procesos de traslados de aportes pensionales entre las entidades y o el traslado de afiliados entre los regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, únicamente prestan soporte técnico a un sistema de información de las AFP²⁴.

25. En respuesta del 14 de mayo de 2021, el señor Jair Antonio Morales Vélez respondió vía electrónica al requerimiento del magistrado sustanciador, e informó que vive solo, toda vez que su esposa se encuentra en Venezuela, pero

²¹ Expediente digital T-7.093.348: “07FALLO DE TUTELA”, p. 10.

²² Expediente digital T-7.093.348: “13SentenciaSegundaInstancia”, p. 1-13.

²³ Expediente digital T-7.093.348: “certificación JAIR ANTONIO MORALES VELEZ”, p. 1.

²⁴ Expediente digital T-7.093.348: “C-505-2021”, p. 1-3.

está próxima a regresar al país una vez pueda conseguir pasajes. Tiene dos hijas, pero no tiene relación alguna con ellas. Manifestó que no recibe ningún apoyo económico, ya que su esposa no tiene trabajo y sus ingresos propios dependen exclusivamente de lo que él pueda conseguir.

26. Afirmó el accionante que durante su vida ha trabajado en cultivos de café y oficios de electricista pero que, debido a la informalidad, únicamente ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social las semanas trabajadas en la compañía Grupo Soluciones & Montajes S.A.S., teniendo así un total de 152.43 semanas. Dice que vive en una habitación en arriendo por la cual debe cancelar \$350.000 y que actualmente se encuentra en mora del pago de su alquiler tanto así que la arrendadora ya le ha pedido entregar la habitación, mientras que sus gastos no son inferiores a \$600.000 mensuales²⁵.

27. Con la contestación al oficio, el accionante remite un certificado de afiliación a Savia Salud EPS bajo el régimen subsidiado y una comunicación radicada ante el municipio de Itagüí en donde se reiteran los hechos ya descritos anteriormente.

28. En remisión electrónica del 19 de mayo de 2021, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones manifestó que el accionante no tiene aportes, novedades laborales, ni afiliación ante dicha entidad.²⁶ Con la respuesta de Colpensiones se allegó también una certificación indicando que el accionante no estaba registrado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM)²⁷.

29. En comunicación electrónica del 20 de mayo de 2021, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia informó²⁸ lo siguiente frente a la pregunta relacionada con las enfermedades que originan la pérdida de capacidad laboral del accionante son de carácter crónico o degenerativo, si se espera que por efecto de estas su calidad de vida disminuya, cuál es el pronóstico para su evolución y si estas reducen su expectativa de vida: (i) *“La miopía degenerativa genera síntomas que van desde la pérdida de la agudeza visual y la pérdida de visión central, hasta cataratas precoces o aparición de glaucoma (...) Es una enfermedad degenerativa, que va aumentando en severidad con el paso del tiempo.”* (ii) *“Con relación a la patología del disco intervertebral, esta es una enfermedad degenerativa articular de la columna lumbar, es un proceso crónico que se presenta de manera normal con el envejecimiento de la persona. Estos cambios degenerativos se manifiestan de tres maneras: como osteocondrosis intervertebral, como enfermedad degenerativa articular facetaria y como estenosis del canal central o de los agujeros de conjugación. (...) Estas*

²⁵ Expediente digital T-7.093.348: “Documentos”, p. 2 y 3.

²⁶ Expediente digital T-7.093.348: “Respuesta2021_5476313_2021_5_19_7_55”, p. 1 y 2.

²⁷ Expediente digital T-7.093.348: “certificacionesPdf”, p. 1.

²⁸ Expediente digital T-7.093.348: “TUTELA SOLICITUD DE INFORMACION JAIR ANTONIO MORALES CELEZ DR SAMUEL”, p. 1-3.

patologías son crónicas y degenerativas y requieren de cambios de hábitos y de higiene postural para disminuir la velocidad de su presentación y de su gravedad.” (iii) La lesión del nervio peroneo superficial, es por lo general secundaria o trauma directo o a trauma por tracción como en esguinces de tobillo, síndrome compartimental crónico, fracturas de peroné o posterior o procedimientos como cirugía o infiltración de tobillo. (...) Es una lesión crónica pero no degenerativa y su pronóstico de tratamiento debe ser establecido por neurocirugía o microcirugía.” (iv) “Las patologías presentadas por el paciente generan disminución de la visión y dolor crónico, que se puede presentar con la deambulación o con la movilidad de columna lumbar. Este dolor y la disminución visual generan disminución en la calidad de vida por disminución en su funcionalidad. Con relación a la expectativa de vida, aunque las patologías son crónicas, lo que significa que el paciente va a vivir con ellas, no son en sí mismas, amenaza para la vida.”

30. En el mismo sentido, la Junta informó que *“Aunque como médicos podemos emitir un concepto general sobre las patologías calificadas, sobre su manejo y su pronóstico; para mejor precisión, la posibilidad de rehabilitación debe ser establecida por los especialistas tratantes, en este caso oftalmología, neurocirugía y rehabilitación. Lo que se puede establecer por esta junta, es que mientras el paciente persista sin cambios en sus enfermedades y en su condición clínica, persiste su condición de invalidez.”*²⁹

31. Igualmente, con la comunicación electrónica, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia remitió dos archivos con el expediente del señor Jair Antonio Morales Vélez³⁰.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

32. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en los procesos de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente T-8.093.348 fue seleccionado por medio del Auto del 26 de marzo de 2021, bajo el criterio subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental y el criterio objetivo de un posible desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional y repartido para su decisión a la Sala Segunda de Revisión, presidida por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Examen de procedencia

²⁹ Expediente digital T-7.093.348: “TUTELA SOLICITUD DE INFORMACION JAIR ANTONIO MORALES CELEZ DR SAMUEL”, p. 2.

³⁰ Expediente digital T-7.093.348: “EXPEDIENTE JAIR ANTONIO MORALES VELEZ RDO 70466” y “EXPEDIENTE JAIR ANTONIO MORALES VELEZ RDO 70466 (1)”.

33. Antes de seguir con la correspondiente definición del problema jurídico y el estudio de fondo del caso planteado, corresponde analizar si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedencia que se desprenden del propio artículo 86 de la Constitución Política y del Decreto 2591 de 1991. Lo anterior, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado, de manera reiterada, que el juez de tutela debe realizar un análisis flexible de procedencia, principalmente circunscrito al requisito de subsidiariedad, cuando se encuentren en riesgo derechos de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso del señor Jair Antonio Morales Vélez, quien es un adulto mayor y se encuentra en situación de debilidad manifiesta derivada de su condición de invalidez.³¹

34. Legitimación en la causa por activa. El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. De igual forma, el artículo 10 del precitado decreto dispone la posibilidad del accionante de actuar a través de apoderado judicial.³² En el caso concreto se estima cumplido el requisito por cuanto el señor Jair Antonio Morales Vélez es el titular de los derechos cuya protección se invoca en la acción de tutela objeto de examen. Así mismo, el abogado Luis Fernando Fernández Guerra acreditó poder especial para representar al señor Morales.³³

35. Legitimación en la causa por pasiva. Conforme lo dispone el artículo 42.3 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares cuando, entre otros casos previstos en la ley, “*aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos*”. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que, en este punto, es necesario verificar si las entidades presuntamente trasgresoras de las prerrogativas de un individuo tienen la “*aptitud legal*” para responder por aquella violación, en caso de que la misma se compruebe en el desarrollo del proceso.³⁴

³¹ Corte Constitucional, Sentencias T-117 de 2019, T-337 de 2018, T-598 de 2017 y T-678 de 2016. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado en diferentes ocasiones el concepto de los sujetos de especial protección constitucional, categoría que se refiere a aquellas personas que merecen una acción positiva por parte del Estado, debido a una condición física, psicológica o social que deriva en escenarios de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, con miras a una igualdad real y efectiva. La Constitución Política ya consagra algunas disposiciones en las que el Estado debe procurar la garantía especial de algunos grupos poblacionales como lo son, por ejemplo, los niños, los adolescentes, las mujeres, las personas de la tercera edad y aquellos que se encuentran en situación de discapacidad. En todo caso, la Corte Constitucional ha señalado que tal concepto también puede ser extensible a otros individuos que merecen de un actuar positivo por parte del Estado atendiendo a las circunstancias particulares de vulnerabilidad y/o debilidad manifiesta, que resultan en tratos desiguales o en discriminación negativa.

³² Decreto 2591 de 1991: “**ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES.** *La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. (...)*”

³³ Expediente digital T-7.093.348: “02ANEXOSACCION”, p. 1.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-207 de 2020. En tal providencia se sostuvo que la aptitud legal “*refleja la*

36. De acuerdo con el certificado³⁵ expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, Protección es una sociedad anónima de nacionalidad colombiana sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, que mediante Resolución S.B. 0570 del 06 de abril de 1994 concedió a dicha sociedad autorización para administrar Fondos de Pensiones Obligatorias del régimen de Ahorro Individual con solidaridad, esto es, la prestación de un servicio público. A su turno, Protección S.A. es la entidad a la que se le atribuye, en razón de su proceder, el desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por el actor. En esa medida, al ser la llamada a realizar la pretensión del accionante, como lo es el pago de la pensión de invalidez objeto de discusión, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto.

37. *Inmediatez.* El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo a través del cual se busca la protección *inmediata* del derecho fundamental presuntamente conculcado, razón por la cual, se exige al tutelante haber ejercido la acción en un término razonable, proporcionado, prudencial y adecuado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales.³⁶ El análisis de estas circunstancias, deberá realizarse caso a caso.

38. La jurisprudencia constitucional ha estimado que el requisito de inmediatez es susceptible de superarse en los escenarios en que se advierta una aparente afectación de los derechos permanente y continua. En escenarios de no cancelación de las mesadas pensionales, se presume que la potencial transgresión de los derechos se encuentra vigente y, por ende, la acción de tutela es procedente.³⁷

39. En el *sub judice* la acción de tutela fue presentada el 28 de noviembre de 2020, con el fin de que se reconozca el pago de la pensión de invalidez. El accionante presentó la tutela el mismo día en el cual le fue notificado por parte de Protección la respuesta a su escrito de reconsideración sobre la negativa en el reconocimiento del pago de su pensión de invalidez. En consecuencia, la Sala considera que se acredita el supuesto de inmediatez.

40. *Subsidiariedad.* La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política tiene como fin obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando el accionante no disponga de otros instrumentos

calidad subjetiva de la parte demandada en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”

³⁵ Expediente digital T-7.093.348: “06ANEXOS CONTESTACION TUTELA”, p. 1-3.

³⁶ Corte Constitucional, sentencias T-461 de 2019, T-091 de 2018, T-291 de 2017, T-022 de 2017 y SU-499 de 2016.

³⁷ Corte Constitucional, sentencias T-005 de 2020, T-001 de 2020, T-199 de 2018, T-090 de 2018 y SU-499 de 2016.

judiciales de defensa, o cuando existiendo, estos no sean idóneos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. De lo anterior se desprende que, el amparo constitucional es residual y subsidiario a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico y, en esa medida, cuando la pretensión versa sobre el reconocimiento de derechos de índole prestacional, como es el caso de la pensión de invalidez, la tutela, en principio no es procedente, habida cuenta de que para ese fin existen acciones establecidas ante las jurisdicciones laboral o de lo contencioso administrativo, de acuerdo a la naturaleza del asunto.

41. La Corte Constitucional ha interpretado el requisito de subsidiariedad y ha señalado que existen algunos eventos en los cuales es posible que el juez constitucional pueda resolver de fondo controversias relacionadas con la pensión de invalidez. Es decir que, en cada caso, corresponde al juez constitucional examinar las particularidades del caso, puesto que esta prestación podría convertirse en el único medio que tienen algunas personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y, en esa medida, una vida digna³⁸.

42. En la Sentencia SU-355 de 2015, esta Corte fijó su postura respecto del requisito de subsidiariedad y así estableció que este principio responde a las reglas de *(i) exclusión de procedencia* y *(ii) procedencia transitoria*. En otras palabras, *(i)* si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; *(ii)* cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, la tutela será procedente de manera definitiva; y *(iii)* de manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, el amparo será procedente de manera transitoria con el fin de proteger los derechos fundamentales del accionante³⁹.

43. Para el reconocimiento pensional, la Corte Constitucional ha sido enfática en que la acción de tutela no es procedente, dado que, en casos como el presente, se tiene la posibilidad de acudir a la Jurisdicción ordinaria (numeral 5 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo).⁴⁰ No obstante, la Corte ha admitido la procedencia excepcional cuando se cumplan unos presupuestos específicos que pasan a exponerse.

44. Como se dijo en párrafos anteriores, la acción de tutela es un mecanismo dispuesto en la Constitución (artículo 86) con el fin de obtener la protección

³⁸ Corte Constitucional, sentencias T-200 de 2011 y T-165 de 2016.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-308 de 2016.

⁴⁰ “**ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL.** <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.”

efectiva de los derechos fundamentales cuando el accionante no disponga de otros instrumentos judiciales de defensa, o cuando existiendo, éstos no sean idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. De lo anterior se desprende que, el amparo constitucional es residual y subsidiario a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico y, en esa medida, cuando la pretensión versa sobre el reconocimiento de derechos de índole prestacional, como es el caso de la pensión de invalidez, la tutela, en principio no es procedente, habida cuenta de que para ese fin existen acciones establecidas ante las jurisdicciones laboral o de lo contencioso administrativo, de acuerdo a la naturaleza del asunto.

45. Empero, esta Corporación, a través de su jurisprudencia, ha ajustado dicho principio a las reglas consignadas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, señalando que existen algunos eventos en los cuales es posible que el juez constitucional pueda resolver de fondo controversias relacionadas con la pensión de invalidez. Es decir que, en cada caso, corresponde al fallador examinar las particularidades del asunto, puesto que esta prestación podría convertirse en el único medio que tienen algunas personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y, en esa medida, una vida digna.⁴¹

46. En sentencia SU-588 de 2019, esta Corte reiteró su postura respecto del requisito de subsidiariedad y estableció que este principio responde a las reglas de (i) *exclusión de procedencia* y (ii) *procedencia transitoria*.

47. En otras palabras, (i) si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no hay riesgo de que se configure un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración del juez constitucional, la tutela será procedente de manera definitiva; y (iii) de manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero exista riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, el amparo será procedente de manera transitoria con el fin de proteger los derechos fundamentales del accionante.⁴²

48. En el caso bajo estudio, se encuentra que el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Itagüí mediante sentencia del 10 de noviembre de 2020, así como el Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí mediante sentencia del 14 de diciembre de 2020 decidieron declarar improcedente la acción de tutela y confirmar dicha decisión (respectivamente) al considerar que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no se agotó la vía ordinaria al no acudir a la justicia laboral, ni se demostró la configuración de un perjuicio irremediable.

⁴¹ Sentencias T-200 de 2011 y T- 165 de 2016.

⁴² Sentencia T-308 de 2016.

49. Al respecto, la Sala no comparte los argumentos esgrimidos por los jueces de instancia, en tanto que omitieron analizar si, a la luz de las particulares circunstancias del demandante, la acción ordinaria laboral es un medio de defensa eficaz e idóneo para resolver la situación jurídica planteada. En efecto, la idoneidad del medio no es una valoración solamente objetiva que analice el instrumento en abstracto, sino también subjetiva, que responda a la pregunta de si ese medio en realidad es idóneo para conjurar la afectación que padece la persona.

50. *Prima facie*, al señor Morales Vélez le correspondía, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico⁴³, demandar ante la jurisdicción ordinaria laboral el reconocimiento y pago de la citada prestación y, por tanto, el reconocimiento de su capacidad laboral residual. Sin embargo, esta Sala advierte que el señor Jair Antonio Morales Vélez en la actualidad cuenta con 62 años de edad y, además, padece enfermedades crónicas y degenerativas, motivo por el cual fue calificado por la Compañía Sudamericana de Seguros de Vida S.A. con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 66.04%. Adicionalmente, el accionante anota que, en su escrito, si bien ha podido trabajar y, en esa medida, cotizar al Sistema General de Seguridad Social desde el año 2017, lo pudo hacer hasta el año 2019 debido a que su condición crónica y degenerativa, originada en la miopía con desprendimiento de retina y su discopatía lumbar, le ha impedido conseguir un nuevo empleo estable que le permita asegurar un ingreso digno para su sostenimiento económico.

51. De lo anterior se desprende que, si bien el accionante cuenta con mecanismos de defensa ante la jurisdicción ordinaria laboral para debatir los hechos que originaron la interposición de la presente tutela, también es cierto que, debido a su condición de discapacidad, someterlo a las cargas procesales y a los plazos para adelantar los procesos ante la jurisdicción competente sería a todas luces desproporcionado y, podría generar, como consecuencia, que la vulneración de los derechos fundamentales se prolongue en el tiempo. Con base en lo expuesto, esta Corporación considera que, en el caso bajo estudio, la acción de tutela es procedente para resolver el problema jurídico planteado, puesto que el medio judicial alternativo del que dispone el actor no parece efectivo si se tienen en cuenta sus especiales condiciones de vulnerabilidad.

Problema jurídico y esquema de solución

52. La acción de tutela que presenta el señor Jair Antonio Morales Vélez tiene como finalidad, esencialmente, el reconocimiento de la pensión de invalidez

⁴³ “Artículo 2- Modificado por el art. 2, Ley 712 de 2001, adicionado por el art. 3, Ley 1210 de 2008. Asuntos de que conoce esta jurisdicción. (...) También conocerá de la ejecución de actos administrativos y resoluciones, emanadas por las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral que reconozcan pensiones de jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes; señalan reajustes o reliquidaciones de dichas pensiones; y ordenan pagos sobre indemnizaciones, auxilios e incapacidades.” (subrayas fuera del texto)

originada en una pérdida de capacidad laboral derivada de enfermedades crónicas y degenerativas pese a no cumplir el requisito de 50 semanas de cotización en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. El demandante, no obstante, solicita el reconocimiento y conteo de las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

53. En consecuencia, corresponde a la Sala determinar si, ¿Protección AFP desconoce los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del accionante al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por el hecho de no contar con 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pese a que el accionante acreditó completo el requisito con posterioridad a la fecha referida?

54. Para resolver el anterior interrogante, la Sala se pronunciará respecto de (i) el régimen jurídico de la pensión de invalidez y las reglas especiales consignadas en la jurisprudencia respecto de personas con enfermedades crónicas y degenerativas; (ii) el deber de tener en cuenta las sentencias de unificación de la Corte Constitucional; y, (iii) por último, se resolverá el caso concreto.

(i) ***El régimen jurídico de la pensión de invalidez y las reglas especiales consignadas en la jurisprudencia respecto de personas con enfermedades crónicas y degenerativas***

55. Régimen Jurídico de la Pensión de invalidez. De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social goza de una doble dimensión: En primer lugar, se trata de “*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad*” y, en segundo lugar, se trata de un derecho individual.

56. La garantía de la seguridad social demanda la existencia de un sistema compuesto por instituciones, procedimientos y, mecanismos que aseguren la provisión de fondos y, por tanto, su sostenibilidad financiera. Con el objetivo de desarrollar los principios consagrados en la Constitución, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 “*por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, norma que además de organizar el Sistema General de Seguridad Social, estableció las contingencias a asegurar, los destinatarios de la misma y sus respectivas excepciones. La imposibilidad de continuar trabajando debido a la pérdida total o parcial de la capacidad laboral es una de las eventualidades que protege el derecho a la seguridad social a través de la pensión de invalidez, cuyo fin es garantizar a esa persona que vio disminuida su capacidad para trabajar debido a una enfermedad común o a un accidente, un ingreso que le permita asegurar sus necesidades básicas, así como las de las personas que se encuentren a su cargo.

57. La Ley 100 de 1993, establece en su artículo 38, que debe entenderse por estado de invalidez, de la siguiente manera:

“Artículo 38. Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

58. A su turno, la 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” modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que preveía los requisitos para acceder a la pensión de invalidez así:

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:

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.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo 1. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.”

59. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto 19 de 2012 “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, establece que corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, determinar en una primera oportunidad, la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez, el origen de estas contingencias y su fecha de estructuración. De la misma manera, la norma consagra que, en caso de inconformidad, el interesado podrá solicitar que su dictamen sea remitido a la Junta Regional de Calificación de la Invalidez, decisión que será apelable ante la Junta Nacional.

60. El Decreto 1507 de 2014 en su artículo 3 contiene las especificaciones técnicas que deberán seguir las autoridades médico laborales encargadas de

realizar la calificación tanto de la pérdida de capacidad laboral como ocupacional:

“Artículo 3. Definiciones. Para efectos de la aplicación del Presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

Fecha de estructuración: Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos.

Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.” (subrayas fuera del texto)

61. Según las disposiciones transcritas, el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez está sujeto a: en primer lugar, la calificación por la autoridad médico laboral correspondiente de un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. Este concepto deberá ser emitido con fundamento en la historia clínica del interesado. En segundo lugar, el afiliado deberá haber cotizado por lo menos, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en el entendido que, con posterioridad a ese momento, a la persona le fue imposible seguir cotizando al sistema.

62. Existen situaciones en las que el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez no reviste dificultad alguna para las Administradoras de Fondos de Pensiones, en tanto que, las personas acreditan, sin problema alguno, los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificada por la Ley 860 de 2003, es decir, (i) fueron calificados con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y, (ii) cuentan con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez que le fue asignada por la autoridad médico laboral.

63. Sin embargo, este Tribunal ha dejado claro que, en algunos casos particulares, en los cuales los interesados no pueden acreditar los requisitos antes mencionados, nos encontramos frente a situaciones que no encajan estrictamente en un análisis simple. Se trata de aquellas personas que fueron calificadas con un porcentaje de disminución de capacidad laboral igual o superior al 50%, pero con semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración.

64. Subregla establecida por la jurisprudencia constitucional. En la Sentencia SU-588 de 2016, la Corte estableció una subregla para determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez cuando se está frente a un caso de capacidad laboral residual. Esto se refiere a aquellos casos en los cuales las personas con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas que, aunque no cuentan con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, completan el requisito con posterioridad a esa fecha en tanto gozaban de capacidad laboral residual que posiblemente les permitió trabajar aún después de la fecha en la que el médico laboral o la junta de calificación consideraron estructurada la invalidez⁴⁴.

65. Al respecto, la Corte ha considerado que no es racional ni razonable⁴⁵ que la Administradora de Fondos de Pensiones niegue el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad crónica y/o degenerativa, y desconozca que, pese a las condiciones de la enfermedad, pudo desempeñar una labor y aportar al SGSS con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. La Corte también señaló que, la omisión antedicha implicaría asumir que las personas en situación de discapacidad, debido a su estado de salud, no pueden ejercer una profesión u oficio que les permita garantizarse una vida en condiciones de dignidad y que, en esa medida, nunca podrán aspirar a un derecho pensional, postulado que a todas luces es violatorio

⁴⁴ Ver sentencias T-699A de 2007, T-561 de 2010, T-962 de 2011, T-690 de 2013, T-070 de 2014, T-11 de 2016, T-308 de 2016 y T-318 de 2016, entre otras.

⁴⁵ En la sentencia T-153 de 2016 la Sala Primera explicó estos conceptos así: *“toda decisión o actuación de las autoridades o entidades ha de fundarse en criterios de racionalidad y razonabilidad. El primero exige que la decisión o actuación se fundamente en posiciones susceptibles de ser constatadas o controvertidas de manera lógica y empírica. Las razones en las que se funde la administración han de responder, al menos, a una lógica instrumental, en la cual se justifique las acciones adoptadas como medios para alcanzar los fines socialmente propuestos. En tal medida, las decisiones de carácter legal, judicial o ejecutivo que sean irracionales, esto es, que racionalmente no conduzcan al fin que se dice estar buscando, se entiende que son contrarias al orden constitucional vigente. Por lo menos, en lo que a derechos fundamentales se refiere, no es posible aceptar una restricción a un derecho con miras a proteger un fin legítimo, si el medio elegido para ello no es adecuado para alcanzar el fin que justifica la limitación del derecho. En tal caso, sería irracional limitar la garantía constitucional. De forma similar, tampoco son racionales decisiones absurdas, ilógicas o contradictorias. El segundo criterio requiere que las decisiones de las autoridades encuentren justificaciones no solamente racionales, desde un punto de vista lógico o técnico, sino también desde lo ético, desde los valores. Es decir, no solamente se ha de justificar la decisión a la luz de una razón instrumental, sino también a la luz de una razón práctica. Los funcionarios no pueden, arbitrariamente, sacrificar valores constitucionales que sean significativos e importantes, por proteger con mayor empeño otros de menor valía. Así, por ejemplo, no es razonable que por el cumplimiento de formalidades procesales o administrativas se deje a una persona sin derecho a recibir la pensión que efectivamente cotizó y ahorró. Así, la gran apuesta por erradicar la arbitrariedad de las autoridades y poderes establecidos es, en otras palabras, la búsqueda de que las razones de las entidades públicas o particulares estén basadas en criterios de racionalidad y razonabilidad. Que se guíen por el respeto a las mejores razones y argumentos y por el respeto a los valores constitucionales que en mayor grado se encuentren comprometidos. Es llenar con buenas razones un espacio que parecía reservado a la voluntad y el capricho.”*

de tratados internacionales, inconstitucional y discriminatorio.

66. En conexidad con lo expuesto, es necesario agregar que a través de las políticas de inclusión laboral se advierte que no necesariamente la existencia de una *discapacidad* se traduce en una *invalidez*. Al respecto, en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad se plantea una definición de discapacidad en la que se incluye a todos los individuos “*que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*” Mientras que, de acuerdo con el Decreto 917 de 1999, la invalidez debe entenderse como “*la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral*”⁴⁶. De ahí que, para que una persona sea considerada como inválida, es imperativo que el grado de su limitación física, mental, intelectual o sensorial –cualquiera que ella sea– se califique con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, momento a partir del cual el Estado entiende que dichas circunstancias le impiden realizar una actividad laboral con el propósito de proyectar una vida digna.⁴⁷

67. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los conceptos de discapacidad e invalidez son claramente diferenciables. La discapacidad es el género, mientras que la invalidez es una especie del mismo⁴⁸ y, en consecuencia, no siempre que existe discapacidad necesariamente se está frente a una persona inválida. En este punto cabe resaltar que el concepto de invalidez tiene un carácter subjetivo, pues la pérdida de la capacidad laboral debe evaluarse tomando en consideración las actividades que desempeña o desempeñaba el trabajador. Para dilucidar lo anterior, a manera de ejemplo, no se puede evaluar de la misma manera la pérdida de capacidad laboral de una persona que pierde una mano y se desempeñaba como médico cirujano, y la de otra persona con la misma deficiencia física pero que trabajaba como portero de un edificio. En efecto, resulta evidente que el médico no podrá seguir realizando procedimientos quirúrgicos; mientras que, en el segundo caso, si bien existen algunas barreras para el ejercicio de sus funciones, es claro que la persona que se desempeña como portero, con varios ajustes en las condiciones laborales, seguramente podrá continuar prestando sus servicios de forma adecuada.

68. Por consiguiente, se debe diferenciar la protección consagrada en instrumentos internacionales⁴⁹ y de derecho interno, que surge a cargo del Estado cuando las personas con discapacidad ya se encuentran en un escenario de

⁴⁶ Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. a).

⁴⁷ Sentencia T-268 de 2011

⁴⁸ Véanse, entre otras, las Sentencias T-057 de 2010, T-122 de 2010, T-072 de 2013, T-146 de 2013, T-012 de 2014 y T-041 de 2014.

⁴⁹ Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, Ley 1346 de 2009 (Ley aprobatoria) y Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, Ley 762 de 2002 (Ley aprobatoria).

invalidez, frente a aquellos casos en los que ello todavía no ha ocurrido. Así las cosas, por regla general, se debe procurar la inclusión social de los sujetos en situación de discapacidad, lo que implica propender por su integración al mercado laboral en igualdad de condiciones, a partir de prácticas afirmativas que faciliten su ingreso y preservación en puestos de trabajo que se adecuen, a partir de algunos ajustes razonables, a sus capacidades, estudios y preferencias. Sin embargo, cuando la deficiencia llegue a un nivel que le impida continuar procurándose la remuneración suficiente para cubrir sus necesidades básicas, el Estado debe entrar a garantizar una posibilidad a través de la cual se pueda sustituir ese ingreso, como lo es la pensión de invalidez. En este último evento, es preciso tener en cuenta el carácter subjetivo que envuelve el examen de pérdida de capacidad laboral, por lo que siempre se deberá intentar por los empleadores y el Estado –en el marco de lo razonable– realizar las reubicaciones o adecuaciones necesarias del lugar de trabajo y de las funciones a cargo para garantizar la inclusión laboral de las personas con cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial. Sobre el particular, en el ámbito del derecho internacional se ha señalado que surge “*una obligación de hacer los ajustes razonables*” por virtud de la cual se demandan “*las modificaciones o cambios que necesita una persona con discapacidad en el contexto (...) [del empleo] (...) para garantizar la igualdad de acceso a esa persona al servicio o actividad de que se trate*”⁵⁰.

69. Debido a lo anterior, esta Corte ha establecido unas reglas reiteradas que deben ser tenidas en cuenta por las Administradoras de Fondos de Pensiones al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa⁵¹, a saber:

70. Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento. En realidad, tratándose de patologías crónicas y/o degenerativas⁵², debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral. Lo anterior, se fundamenta en el hecho de

⁵⁰ Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-308 de 2016.

⁵² En la sentencia T-111 de 2016 se aclaró que “*la determinación de cuándo se está en presencia de este tipo de enfermedades, no exige la consagración necesaria de una fórmula legal o reglamentaria que permita su aplicación, ya que dada la prevalencia que en esta materia tiene la conceptualización profesional de la medicina, se debe atender al sentido técnico de dicha ciencia, en el que generalmente tiene un peso específico la misma calificación que se realiza por las juntas de invalidez, por los médicos tratantes o por los técnicos designados por los jueces para brindar un concepto profesional sobre la materia, sin perjuicio de las reglas y oportunidades de contradicción que se prevén en el ordenamiento jurídico*”.

que, en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, lo que ocasiona que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo, de manera que la persona puede trabajar hasta tanto el nivel de afectación es de tal magnitud que le impide de manera cierta desarrollar una labor.

71. Así, en este tipo de casos es común que las personas cuenten con un número de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral. Es por ello que se ha establecido que, luego de determinar que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad crónica y/o degenerativa, a las Administradoras de Fondos de Pensiones les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y que no se hayan realizado con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.

72. A su turno y respecto de la capacidad laboral residual, esta Corte ha indicado que se trata de la posibilidad que tiene la persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. A la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida⁵³.

73. Lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo⁵⁴, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante períodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital.

74. Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad crónica y/o degenerativa y, (ii) que

⁵³ Corte Constitucional, sentencias T-013 de 2015, T-111 de 2016 y T-318 de 2016.

⁵⁴ Al respecto, la sentencia T-003 de 2013 manifestó lo siguiente: “No se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social, cuando las entidades administradoras de pensiones niegan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, luego de demostrar que no se cotizaron 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Adicionalmente, cuando lo que se pretende es que se tengan en cuenta las cotizaciones realizadas luego de la fecha de estructuración, el demandante debe demostrar que éstas se hicieron como consecuencia de la capacidad residual que tenía para seguir laborando”. Esta posición fue reiterada en las sentencias T-886 de 2013 y T-943 de 2014.

existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. De acuerdo con la sentencia T-432 de 2011, en aquellos casos de pensiones de invalidez causadas por enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, la fecha de estructuración de la invalidez debe ser la fecha en que por su estado de salud, la persona ya no puede volver a trabajar, puesto que si se señalara como fecha de estructuración de la invalidez aquella fecha en que al paciente se le manifiestan por primera vez los síntomas relativos a su condición, resultaría vulneratorio de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital por no tener en cuenta para su cómputo las semanas que el accionante cotizó con posterioridad a dicha fecha. Por el contrario, la fecha de estructuración de la invalidez debe comprobar que en términos materiales y no solamente formales (el simple acaecimiento de determinada dolencia, accidente o enfermedad), una persona no pueda desempeñarse en un trabajo habitual y, por lo mismo, seguir aportado al sistema.

75. Al respecto, esta Corte ha considerado que ni el juez constitucional, ni la Administradora de Fondos de Pensiones pueden alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez⁵⁵ o la fecha de la última cotización efectuada⁵⁶, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió al afiliado seguir siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico⁵⁷ o, inclusive, la fecha de la solicitud de reconocimiento pensional⁵⁸.

76. Esta Corte, en un principio, resolvió casos similares aplicando la excepción de inconstitucionalidad a la regla legal fijada en la Ley 860 de 2003⁵⁹ – contabilizar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez⁶⁰ -. Sin embargo, con posterioridad, las distintas

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencias T-789 de 2014, T-512 de 2015, T-588 de 2015 y T-717 de 2015 T-111 de 2016, entre otras.

⁵⁶ En la sentencia T-588 de 2015 la Corte ha considerado que al tomar “*como fecha para el reconocimiento de la pensión la del momento en que se expidió el dictamen, [desconocería] aquellas semanas cotizadas de forma posterior a la declaratoria de invalidez (...). En casos como este lo que ocurre es que, en razón de la capacidad laboral residual que goza la personas, aquella cotiza incluso después de efectuado el dictamen de pérdida de capacidad, y esta Corporación protege el derecho a que esas semanas sean igualmente tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de la prestación.*” En el mismo sentido se pronunció la Corte en las sentencias T-153 de 2016 y T-962 de 2011, entre otras.

⁵⁷ Reiterando lo establecido en la sentencia T-153 de 2016.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-022 de 2013.

⁵⁹ La Sala resalta que existen precedentes jurisprudenciales en los cuales la Corte Constitucional ha resuelto casos sobre pensiones de invalidez fundada en la excepción de inconstitucionalidad. Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-699A de 2007, T-550 de 2008, T-1203 de 2008, T-658 de 2008, T-826 de 2008 y T-789 de 2014, entre otras.

⁶⁰ La Sala resalta que existen precedentes jurisprudenciales en los cuales la Corte Constitucional ha resuelto casos sobre pensiones de invalidez fundada en la excepción de inconstitucionalidad. Al respecto, se pueden consultar

Salas de Revisión de esta Corporación han afirmado que lo que deben hacer, tanto las Administradores de Fondos de Pensiones como el juez constitucional, es analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las 50 semanas⁶¹. Lo anterior, no significa alterar la fecha de estructuración que fue asignada por la autoridad médico laboral. En otras palabras, se trata de adelantar un análisis que permita establecer el supuesto fáctico que regula el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003.

77. Esta Corte recuerda que, tal como se afirmó en la Sentencia SU-588 de 2016, *“los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 buscan evitar el fraude al sistema y garantizar su sostenibilidad fiscal. Sin embargo, frente a la existencia de aportes importantes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, la sostenibilidad del sistema no se ve amenazada, en tanto ésta sea clara y así se determine en cada caso en concreto. En estos casos, no existe la pretensión de defraudar, sino que el fin legítimo de la solicitud es el reconocimiento de un derecho prestacional, que se encontraba asegurado y para lo cual se cotizó durante un tiempo, pues el propósito de la pensión de invalidez no es otro diferente que garantizar un mínimo vital y, en esa medida, una vida en condiciones de dignidad de personas que, debido a una enfermedad o un accidente, se encuentran en situación de discapacidad.”*

78. *El deber de las entidades administradoras de pensiones de considerar, para el estudio de la solicitud de pensión de invalidez, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral, en tratándose de afiliados que padecen enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas*⁶². Son numerosos los casos de personas que, a pesar de que padecen alguna enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, su estado de salud les permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir proveyendo su sustento y aportar al sistema.

79. Puntualmente, en la Sentencia T-040 de 2015, la Corte sostuvo lo siguiente:

“Cuando la invalidez proviene de un accidente o de una situación de salud que generó la pérdida de capacidad laboral de manera inmediata, la fecha de estructuración fijada en el dictamen médico legal coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho. Sin embargo, cuando la

las sentencias T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-699A de 2007, T-550 de 2008, T-1203 de 2008, T-658 de 2008, T-826 de 2008 y T-789 de 2014, entre otras.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencias T-111 de 2016, T-194 de 2016, T-308 de 2016 y 318 de 2016, entre otras.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-575 de 2015

persona inválida padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la pérdida de la capacidad laboral se presenta de manera paulatina, existe la posibilidad de que si tal circunstancia no es tenida en cuenta por las autoridades competentes, la fecha consignada en el dictamen sea diferente a aquella en que efectivamente perdió su capacidad para trabajar de manera permanente y definitiva.

*En relación con estas situaciones excepcionales, la Corte ha señalado reiteradamente que las personas que padezcan de una de estas enfermedades, que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, **tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdieron su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva***". (Negrilla fuera del texto original).

(ii) ***El deber de tener en cuenta las sentencias de unificación de la Corte Constitucional***

80. *Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional.* La jurisprudencia proferida por los órganos de cierre de cada jurisdicción, tiene fuerza vinculante para los jueces, en cuanto es proferida en ejercicio de la función constitucional de unificación, con la finalidad de darle coherencia y seguridad al ordenamiento. La Corte Constitucional ha advertido en diferentes oportunidades que, además de resultar vinculante para las autoridades judiciales, la jurisprudencia proferida por las altas Cortes del país también es vinculante para las demás autoridades públicas, en tanto que, estas últimas están obligadas a cumplir y a respetar cada uno de los principios consignados en la Constitución, dentro de los cuales se encuentran la igualdad ante la Ley, el debido proceso, el principio de legalidad y, por supuesto, la supremacía de las normas consignadas en la Constitución Política⁶³.

81. Al respecto, se pronunció esta Corte en la sentencia C-816 de 2011, en la que refirió lo siguiente:

“La fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas,

⁶³ Corte Constitucional, sentencias SU-917 de 2010, C-816 de 2011, C-898 de 2011, SU-053 de 2015, C-179 de 2016, entre otras.

mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.”

82. En particular, la fuerza vinculante de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional responde al hecho de que esta obra como el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y a que el artículo 241 de la Constitución le confió la guarda de la supremacía y la integridad de la Constitución.

83. Por lo tanto, las sentencias de unificación proferidas por esta Corte, establecen reglas claras que deben ser acatadas por las Administradoras de Fondos de Pensiones de carácter público y privado al momento de reconocer la pensión de invalidez a personas que padecen enfermedades crónicas y/o degenerativas, reglas que deberán ser tenidas en cuenta al momento de decidir los casos concretos. Al respecto vale la pena reiterar que el ordinal tercero de las órdenes impartidas en la sentencia SU-588 de 2016 dispuso: “**ADVERTIR a Colpensiones y a todas las administradoras de fondos de pensiones que hacen parte del régimen solidario de prima media con prestación definida y del régimen de ahorro individual con solidaridad que, al momento de estudiar la solicitud pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, deberán tener en cuenta las reglas sobre capacidad laboral residual consignadas en esta sentencia de unificación.**”

84. Así las cosas, pasará la Sala a abordar el estudio del caso concreto.

(iii) ***El caso concreto***

85. De acuerdo con la situación fáctica descrita y el material probatorio que obra dentro del expediente, se tiene que, Jair Antonio Morales Vélez, de 62 años de edad, padece de miopía degenerativa con desprendimiento de retina, discopatía lumbar degenerativa y lesión del nervio peroneo derecho. El 9 de abril de 2018, fue calificado con 66.04% de pérdida de la capacidad laboral, y se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 29 de septiembre de 2017. Por tal razón, solicitó ante Protección AFP el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue despachada desfavorablemente por dicha entidad, en consideración a que no reunía cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

86. En el mismo sentido, está probado que la patología que determina en mayor medida su discapacidad es degenerativa. En efecto, en los dos dictámenes rendidos por la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia y la Compañía Suramericana sobre el caso del accionante, se destaca que la miopía diagnosticada al señor Morales es de carácter degenerativo. Precisamente con base en esa conclusión es que ni la invalidez, ni el tratamiento oftalmológico que recibe el accionante se consideran de origen laboral. Así, al resolver el recurso presentado contra la calificación emitida por Colmena con ocasión del accidente de trabajo sufrido por el señor Morales en 2017, que determinó que la miopía

tenía origen común, la Junta citó al oftalmólogo y señaló:

“Con los fundamentos de hecho y derecho tenidos en cuenta para desatar el recurso de apelación la sala uno de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia encuentra que se trata de un evento de origen MIXTO pues existe el evento agudo derivado del accidente de trabajo, pero las patologías de agudeza visual como la miopía se presentan desde la infancia y no están relacionadas con trauma, el glaucoma tiene como factor de riesgo la edad avanzada y la miopía y es un aumento de la presión intraocular sin relación descrita con trauma externo, y los trastornos del cuerpo vitreo y el lattice es una enfermedad crónica y degenerativa; (...)”⁶⁴

“La degeneración en empalizada o lattice caracterizada por un adelgazamiento retiniano de disposición redondeada u oval con frecuencia bilateral, con vitreo condensado en sus bordes, que puede presentar pigmentación, vasos esclerosados o depósitos blanco amarillentos ocurre más frecuentemente en ojos miopes y contribuye a una mayor frecuencia de desprendimiento de retina en dichos ojos (1-3). (...) También se ha hablado de una mayor frecuencia de degeneración empalizada en las dos primeras décadas de la vida (7) así como de la existencia de 2 picos de máxima frecuencia, uno sobre los 20 años y otro por encima de los 55 años (...) No todo hallazgo en el interior ocular está necesariamente asociado con trauma ocular reciente...la degeneración “lattice” acompaña desgarros y desprendimientos de retina en 30% de casos y en 7% se la encuentra en ojos de autopsia y 12% en la población general (6, 22, 23) (Figura 3C)...Los desgarros retinianos y desprendimientos de retina pueden existir con anterioridad al trauma (Figura 3B) y en cualquiera de las eventualidades mencionadas, la contusión empeora los hallazgos iniciales. (...) La degeneración en empalizada se diagnostica en cerca de 80% de la población en general, con primacía en las personas miopes, pues se trata de la degeneración periférica más frecuentemente relacionada con el desprendimiento de la retina, que se presenta en alrededor de 40% de los casos”⁶⁵

87. Por otro lado, revisado el dictamen de pérdida de capacidad laboral, la Sala observa que en la calificación de deficiencias la miopía degenerativa le genera al accionante el 74.5% de la deficiencia, que, a su turno es el factor con mayor peso en la determinación de la pérdida de capacidad laboral, pues corresponde a 38.24% de la invalidez. A la deficiencia se suma un 27.8% de pérdida por la valoración del rol laboral, al turno que la valoración del rol económico y la edad aportan un 2% cada uno, mientras que los demás factores valorados (movilidad, cuidado personal, vida doméstica, etc.) aportan un

⁶⁴ Expediente electrónico, archivo “Expediente JAIR ANTONIO MORALES VELEZ RDO 70466.pdf” folio 52

⁶⁵ *Ibidem*, folio 57.

porcentaje de pérdida inferior al 1.5%.

88. Ahora bien, del mismo dictamen se observa que, como sustento de la fecha de estructuración, Suramericana y la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia utilizan la fecha de valoración del señor Morales por oftalmología, en la que se le diagnosticó retinopatía degenerativa severa, esto es el 29 de septiembre de 2017⁶⁶. Lo anterior, pese a que la misma valoración reconoce que la condición del paciente es degenerativa, que aún está pendiente una intervención quirúrgica para su tratamiento, que no se tiene información sobre un eventual concepto de rehabilitación, y que la valoración por oftalmología se dio con ocasión del tratamiento del accidente laboral sufrido el 16 de septiembre de 2017. Así mismo, se observa que los dictámenes no incluyen información sobre el grado de visión del accionante para el año 2017, ni para la fecha de calificación en 2018. De hecho, en los anexos del dictamen se lee que los oftalmólogos que atendieron al señor Morales con posterioridad al accidente de 2017 refieren que este puede entrar solo a consulta, y que su visión está afectada de forma diferenciada en el ojo derecho y el ojo izquierdo. En particular, la Sala insiste en que el dictamen rendido por la Junta de Calificación de Invalidez de Antioquia refiere que para la evaluación no se contaba con información sobre el concepto de rehabilitación del señor Morales.

89. Por otro lado, en el recurso de apelación parcial interpuesto por el accionante contra la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez dictaminada por la Junta, este refiere que, después de ser reintegrado a su trabajo en la empresa GSM por orden de tutela, se presentaba todos los días a laborar aunque con mucha dificultad por los horarios, el transporte y la afectación de su visión. Refirió también que para entonces había sido sometido a dos cirugías y estaba pendiente de una tercera para tratar el desprendimiento de la retina, pero refirió temor por el resultado de la tercera cirugía, a lo cual añadió que su situación empeoraba con el tiempo.

90. Estas pruebas dan cuenta de que, en efecto, la invalidez del accionante se debe a una enfermedad degenerativa que, a pesar de agravarse con el accidente sufrido en 2017 le dejó una capacidad laboral residual que le permitió trabajar y cotizar por dos años más después de la fecha que la Junta determinó como de estructuración de la invalidez.

91. En esas condiciones, la Sala encuentra que las semanas cotizadas con posterioridad a 2017 corresponden efectivamente a los servicios prestados por el accionante a un tercero empleador, mientras el proceso degenerativo de su afección ocular se lo permitió. De forma que las semanas cotizadas con posterioridad no pueden ser calificadas como fraudulentas o como cotizadas de forma engañosa para defraudar al sistema de pensiones o a la AFP demandada.

⁶⁶ Expediente electrónico, archivo “02ANEXOSACCIÓN.pdf” folio 21

92. De acuerdo con la historia laboral que obra dentro del expediente, el señor Jair Antonio Morales Vélez tiene acreditadas un total de 152,43 semanas cotizadas, de las cuales solo 29,14 corresponden a los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es el 29 de septiembre de 2017. Sin embargo, con posterioridad a esa fecha, esto es, en el período comprendido entre el primero de octubre de 2017 y el 30 de agosto de 2019 (fecha de terminación del contrato laboral con la sociedad Grupo Soluciones & Montajes S.A.S.) realizó aportes por 690 días equivalentes a 98.57 semanas cotizadas. Con posterioridad a esa fecha, esto es desde el primero de febrero de 2020 y con ocasión a los aportes derivados del subsidio de desempleo dado por Comfama, el accionante cuenta con aportes por 180 días equivalentes a 25.71 semanas.

93. La situación del accionante corresponde a los supuestos de hecho que permiten la aplicación de la regla jurisprudencial descrita en la sección precedente. Tal como se anotó, la Corte ha establecido que, cuando el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, como las padecidas por el accionante, las entidades administradoras de pensiones deben considerar, para el estudio de la solicitud, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Ello, por cuanto, al tratarse de afecciones de larga duración y de progresión lenta, la fuerza productiva de quien las padece no se agota de manera inmediata, sino con el transcurso del tiempo, de ahí que la fecha de estructuración asignada, en la mayoría de los casos, no coincida con el momento en que, efectivamente, pierde su capacidad laboral de forma permanente y definitiva.

94. En ese orden de ideas, tomando como referencia la última cotización efectuada por el actor en agosto de 2019, derivada de su último contrato de trabajo y en ejercicio de su capacidad laboral residual según lo probado en el expediente, la Sala de Revisión advierte que el accionante cumple con más de cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al momento en que, efectivamente, perdió, de manera permanente y definitiva, su capacidad laboral, lo cual le permite acceder a la pensión de invalidez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y bajo los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, sin que se advierta intención alguna de defraudar al sistema.

95. En consecuencia, la Sala de Revisión revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí el 14 de diciembre de 2020, que confirmó la dictada por el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Itagüí el 10 de noviembre del mismo año; y, en su lugar, tutelaré los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Jair Antonio Morales Vélez. En consecuencia, ordenaré a la accionada Protección AFP que, dentro de quince (15) días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de la presente sentencia, deje sin efectos las comunicaciones del 16 de abril y 28 de

octubre de 2020 y, en su lugar, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jair Antonio Morales Vélez, a partir de la fecha en que realizó la última cotización en ejercicio de su capacidad laboral residual, esto es, desde el 30 de agosto de 2019, conforme con lo previsto en los artículos 39 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. Por las razones expuestas en esta providencia, **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Itagüí el 14 de diciembre de 2020, que confirmó la dictada por el Juzgado de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Itagüí el 10 de noviembre del mismo año, mediante las cuales se declaró improcedente la acción de tutela promovida por el señor Jair Antonio Morales Vélez en contra de Protección AFP y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

SEGUNDO. ORDENAR a Protección AFP, representada por su gerente general o quien haga sus veces que, dentro de quince (15) días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de la presente sentencia, **DEJE SIN EFECTOS** las comunicaciones del 16 de abril y 28 de octubre de 2020 y, en su lugar, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jair Antonio Morales Vélez a partir de la fecha en que realizó la última cotización en ejercicio de su capacidad laboral residual, esto es, desde el 30 de agosto de 2019, conforme con lo previsto en los artículos 39 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

TERCERO. Por Secretaría General, **LÍBRESE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General