

Sentencia T-789/14

Referencia: expediente T-4.371.395

Acción de tutela interpuesta por Ana Deiba Alzate de Correa en representación de su hija María Consuelo Correa Alzate, contra COLPENSIONES.

Magistrada (e) Sustanciadora:
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Martha Victoria Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente, las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido el 4 de abril de 2014 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, que resolvió la acción de tutela instaurada por Carlos Enrique Bermúdez Pérez, en representación de María Consuelo Correa Alzate, contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 15 de enero de 2014, Ana Deiba Alzate de Correa, otorgó poder amplio y especial a Carlos Enrique Bermúdez Pérez, para que en nombre y representación de su hija, interpusiera acción de tutela en contra de la

Administradora Colombiana de Pensiones -en adelante COLPENSIONES-.

1.2. Mediante sentencia No. 097 de 27 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Cartago, Valle del Cauca, la accionante, María Consuelo Correa Alzate, fue declarada en interdicción judicial indefinida, designándose a su señora madre, Ana Deiba Alzate de Correa, en calidad de curadora principal y legítima (folios 6 y s.s.).

1.3. El perito médico dentro del proceso de interdicción judicial por discapacidad mental de María Consuelo Correa Alzate, hizo constar que la tutelante tiene retardo mental severo y secuelas de meningitis (en la infancia): “...*la paciente en mención tiene compromiso severo de sus funciones cognoscitivas, así como retraso en el desarrollo del lenguaje. Por lo anteriormente anotado, la paciente en mención no está en capacidad de autodeterminarse, ni de ser independiente económicamente, ni de administrar bienes, incluyendo el manejo de dinero*” (folio 12). En la historia clínica consta, (folio 19), según concepto del médico cirujano Adolfo León Jiménez, que la paciente nació con *hipotiroidismo congénito*, también conocido como hipotiroidismo neonatal. Esta condición hace que la paciente se encuentre postrada en cama.

1.4. La accionante, nacida el 26 de marzo de 1971, pertenece al régimen subsidiado en salud, fue diagnosticada con secuelas de meningitis, retardo mental e hipotiroidismo y calificada por el Instituto de Seguros Sociales con una pérdida de la capacidad laboral del **79.60 %**, producto de enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del **16 de septiembre de 1971** (folio 18).

1.5. En vista de la condición degenerativa de su hija, que siempre debe estar en compañía de un cuidador, Ana Deiba Alzate de Correa asumió en su totalidad los gastos familiares, personales y médicos de su hija. A pesar de sus escasos recursos, como ama de casa, logró afiliar a su hija en el Fondo de Solidaridad Pensional -programa de subsidio al aporte a pensión-, cotizando en su nombre, como independiente, un total de **736.71** semanas, desde el 1 de julio de 1998 hasta 31 de mayo de 2013 (folios 22 y s.s.).

1.6. Manifiesta el libelo de la demanda que la señora Ana Deiba Alzate de Correa tiene 75 años de edad y no tiene derecho a la pensión de vejez

por falta de cotizaciones al sistema a su nombre, “no cuenta con pensión o prestación económica alguna” (...) “los recursos económicos para subsistir son el producto de la venta de arepas y fritanga” (folio 73). Por su parte, el padre de la accionante, José Uriel Correa Palacios, falleció el 20 de diciembre de 2003 y, “en vida no cotizó al sistema de pensiones, por lo tanto no tenía derecho a la pensión” (folio 72). Como consecuencia de lo anterior, indica que María Consuelo Correa Alzate no tiene posibilidad alguna de alcanzar la pensión de sobrevivientes, ni la pensión especial.

1.7. Ante el número de semanas alcanzadas y los escasos recursos, la señora Alzate de Correa manifiesta imposibilidad actual para seguir cotizando al sistema de seguridad social, ya que su hija demanda permanentemente pañales, cremas, fisioterapias domiciliarias, alimentación, vestido, citas médicas y medicamentos, por lo tanto, solicitó el 1 de noviembre de 2012, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a COLPENSIONES.

1.8. Mediante resolución de 13 de marzo de 2013 la Gerente Nacional de Reconocimiento de Pensiones de COLPENSIONES, negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que no cumplía con el requisito de las semanas cotizadas en los últimos 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral. Indicó que, “si bien el asegurado continuó cotizando al sistema después de la fecha de estructuración, estas semanas no serán tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez” (folio 23).

1.9. El apoderado insiste que aunque la fecha de estructuración de la invalidez es del 16 de septiembre de 1972, la verdadera, según dictamen de calificación, en consideración a la jurisprudencia constitucional, sería la última fecha de cotización al sistema de seguridad social en pensiones, es decir, el 31 de mayo de 2013. Con base en esta fecha, o en su defecto, a la fecha del dictamen de calificación de la invalidez, de 5 de agosto de 2011, la agenciada tendría derecho a la prestación reclamada.

2. Trámite de acción de tutela

2.1. Solicitud de tutela

Ana Deiba Alzate de Correa, mediante apoderado, formuló acción de tutela como curadora de su hija María Consuelo Correa Alzate, al

considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y a la igualdad. Con fundamento en ello, pretende que se ordene a COLPENSIONES que surta los trámites necesarios y correspondientes para que en el término de 48 horas proceda al reconocimiento y pago transitorio de la pensión de invalidez de origen común a favor de su cliente, hasta tanto la jurisdicción laboral se pronuncie al respecto.

2.3. Respuesta de la entidad accionada

COLPENSIONES fue notificada a través del correo electrónico que públicamente ha destinado para tal fin, el día 25 de marzo de 2014. No obstante, guardó silencio, por lo que se presumirán por ciertos los hechos de la demanda.

2.4. Sentencia de Primera Instancia

En sentencia proferida el 4 de abril de 2014, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, negó por improcedente la acción de tutela de la referencia, bajo las siguientes consideraciones:

La accionante, María Consuelo Correa Alzate es discapacitada desde que tenía un año y medio de edad, de ahí que no haya tenido vida laboral productiva, razón suficiente para que no sea posible la variación de la fecha de estructuración de la invalidez. Fundamentó tal decisión en que la fecha que ha determinado la Corte corresponde al momento en que el afectado dejó de laborar, no de cotizar, a menos de que la persona minusválida pruebe que a pesar de su condición, se reintegró, desempeñó un empleo formal como cualquier trabajador y se afilió al régimen de seguridad social en dicha calidad, circunstancia que no acontece en este caso.

Por lo anterior, tampoco puede tenerse como fecha de estructuración el día en que se emitió el dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral, el 5 de agosto de 2011.

Finalmente, señaló que aunque la actora es sujeto de especial protección constitucional por su estado de discapacidad, no es posible establecer que COLPENSIONES al momento de dejar de reconocer la prestación solicitada, haya vulnerado derecho fundamental alguno, en especial el mínimo vital, el cual está garantizado, pues existe prueba de que su

curadora y familiares cercanos le brindan cuidado permanente y asistencia económica, lo que permite que su existencia sea digna. Por tanto, cualquier discrepancia frente al dictamen en cuestión debió ser expuesta ante COLPENSIONES a través de los recursos disponibles.

3. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente

- Copia registro civil de nacimiento Ana Deiba Alzate de Correa emitido por la Notaria Primera del Círculo de Cartago el 26 de junio de 2008. (fl. 3)
- Copia cédula de ciudadanía de María Consuelo Correa Alzate. De ella se deriva que actualmente tiene 43 años. (fl. 4)
- Copia cédula de ciudadanía de Ana Deiba Alzate de Correa. De ella se deriva que actualmente tiene 75 años. (fl. 5)
- Copia sentencia del 27 de julio de 2012 emitida por el Juzgado Segunda de Familia de Cartago, en la cual se declara en interdicción judicial indefinida a la señora María Consuelo Correa Alzate, por causa de retardo mental severo, conforme pronóstico pericial. En vista de ello se asigna como curadoras generales legítimas a la madre y hermana de la accionante. (fl. 6-15)
- Copia dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral emitida por la Vicepresidencia de Pensiones el 5 de agosto de 2011. En este se establece un 79.60% de pérdida de la capacidad laboral, producto de enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 16 de septiembre de 1972. (fl. 18)
- Copia evolución médica del 8 de abril de 2013, suscrita por el médico Adolfo León Jiménez, en el que confirma la patología diagnosticada con hipotiroidismo congénito y retardo mental severo. Indica en los datos de la accionante que pertenece al estrato 1. (fl. 19)
- Copia reporte de historial clínico del 4 de junio de 2011, avalado por el neurólogo clínico Leonardo F. Moreno Gómez. De él se destaca que el pronóstico actual es malo y que no hay posibilidad de mejoría. (fl. 20)

- Copia notificación de resolución que resuelve una solicitud de prestaciones económicas del 21 de marzo de 2013. (fl. 21)
- Copia resolución No. 2012-548843 del 13 de marzo de 2013 en la que se niega el reconocimiento de la pensión de invalidez, “*en tanto cuenta con cero (0) semanas a la estructuración de la invalidez*”. Advierte que aunque el asegurado continuo cotizando al sistema después de la fecha de estructuración, estas semanas no será tenidas en cuenta. (fl. 22 y s.s.).
- Copia reporte de semanas cotizadas entre julio de 1998 y febrero de 2014, emitido por COLPENSIONES el 19 de febrero de 2014, del que se deriva que la accionante, María Consuelo Correa Alzate, cuenta con 736.71 semanas cotizadas. (fl. 24-28)

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos de tutela proferidos en los procesos de esta referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 del Reglamento de la Corporación.

2. Problema jurídico

En atención a los hechos narrados, la Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional deberá determinar si la negativa de COLPENSIONES en otorgar el reconocimiento de la pensión de invalidez, vulnera el derecho constitucional a la seguridad social y vida digna de la accionante. Para concluir si a la accionante le asiste el derecho fundamental a la seguridad social, la Sala deberá resolver previamente si un (a) menor de edad, con discapacidad superior al 50 % de nacimiento, puede acceder a la pensión de invalidez sin la existencia de una relación laboral pero con las semanas cotizadas por otro al sistema, con posterioridad a la fecha de estructuración.

Para tal efecto, la Sala precisará: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial; (ii) el derecho fundamental a la seguridad social; (iii) el régimen legal,

reglamentario y jurisprudencial para otorgar pensión de invalidez vía tutela. Y finalmente, resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial

En principio, la demanda por el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez no es susceptible de ser estudiada mediante la acción de tutela, toda vez que existe una jurisdicción ordinaria propia para discutir controversias laborales. No obstante, con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales, este Tribunal Constitucional ha permitido la procedencia excepcional del amparo cuando el medio de defensa judicial no resulta idóneo o eficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, flexibilizando su procedencia cuando la violación del derecho se origina en cabeza de sujetos de especial protección constitucional, como personas de la tercera edad o en situación de discapacidad¹. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-101-12.htm -_ftn18

“La Corte Constitucional reitera su línea jurisprudencial en el sentido que el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema”².

En virtud de la cláusula de Estado Social de Derecho y el principio de igualdad (art. 13 C.P.) y solidaridad (art. 1º), el Estado debe promover las condiciones para lograr que la igualdad material sea real y efectiva, favoreciendo a grupos vulnerables con una protección especial para

¹ Ver, entre otras, las sentencias T-101 de 2012 y T-721 de 2012. En la sentencia T-129 de febrero 22 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, resaltó la excepción a la regla general de la improcedencia de la acción de tutela para reconocer derechos pensionales, salvo cuando “*los medios judiciales diseñados resulten ineficaces para la garantía de los derechos fundamentales en riesgo. Así pues, cuando el sujeto se encuentre ante la eventualidad de un perjuicio irremediable, de manera excepcional el juez de tutela podrá declarar la procedencia de este derecho*”.

² T-688 de 2008.

aquellas personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En consecuencia, exigir de manera absoluta el agotamiento de los medios ordinarios de defensa judicial, significa en ciertas ocasiones imponer una carga desproporcionada al demandante, quien al ser calificado en condición de invalidez por un notorio estado de discapacidad física o mental, presenta una calidad de especial protección constitucional.

Tal es el caso del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, cuando se acredita que la negativa afecta la vida en condiciones dignas de una persona que por su estado de incapacidad, requiere especial protección y asistencia del Estado para proteger el mínimo vital. En estos supuestos, la subsidiariedad de la acción de tutela es relativa, ya que según las circunstancias del caso, los medios ordinarios de defensa judicial pueden resultar absurdos para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales del afectado, en cuanto el trámite ordinario no propicia una solución expedita para colmar la garantía propia de una vida en condiciones dignas.

“En virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, en principio, ésta es improcedente para proteger el derecho fundamental a la seguridad social cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de derechos pensionales. Sin embargo, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, es posible identificar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia: (i) cuando no existe otro medio judicial de protección o si, de acuerdo con las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto, se concluye que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido, así como de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada”³.

³ T-642 de 2010.

Ha de observarse entonces, que si la jurisdicción ordinaria no es eficaz o idónea para proteger los derechos quebrantados o en riesgo y si está en riesgo el mínimo vital, esto es, la recepción oportuna de los recursos indispensables para asegurar la subsistencia en condiciones dignas de quien sea legítimo titular de la pensión de invalidez, es la acción de tutela el mecanismo constitucional llamado para el reconocimiento pensional, máxime si la negativa en su reconocimiento ocasiona un perjuicio irremediable de trascendencia constitucional.

En la sentencia T-143 de 1998, la Corte se pronunció sobre la procedencia de la acción de tutela para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, precisando que cuando el titular del derecho fundamental se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta no está obligado a soportar la carga que implica la definición judicial–ordinaria de la controversia:

“Si bien le asiste razón al juez de instancia cuando sostiene que la vía procedente para definir la controversia que surge a partir de la negativa de la pensión de invalidez, es el proceso ordinario laboral y no la acción de tutela, también es cierto que el debate adquiere relevancia constitucional, cuando el medio judicial se torna ineficaz porque se amenaza el mínimo vital del accionante. En otras palabras, la controversia entre el Instituto de Seguros Sociales y el trabajador trasciende el mero plano legal para adquirir un carácter constitucional cuando se compromete la efectividad inmediata del derecho fundamental a obtener la pensión de invalidez de una persona disminuida físicamente. Esta Sala reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta no está obligado a soportar la carga que implica la definición judicial de la controversia”.

Igualmente, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que los derechos fundamentales de aquellas personas que ostentan determinada afectación causada por enfermedad o accidente, con pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, deben ser protegidas de manera urgente, en la medida en que no pueden acceder fácilmente a una vinculación laboral u a otros medios de sustento económico para mantener la salvaguarda a sus

derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud, que les permitan desarrollar una vida en condiciones dignas.

Adicionalmente, se torna aún más difícil acceder a la vía ordinaria laboral para resolver este tipo de conflictos, ya que significan muchas veces mecanismos de defensa tardíos en la protección inmediata de los derechos fundamentales y en la dignidad inherente al ser humano, por causa de la congestión del aparato judicial y otra serie de costos adicionales que no deben ser soportados o sufragados por los solicitantes, dado el estado de invalidez y las condiciones de incapacidad económica del caso. Por tanto, resulta desmedida la exigencia de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, *“para obtener la pensión de invalidez cuando el tutelante no cuenta con algún ingreso económico que le permita garantizar su vida en condiciones dignas y la protección de los demás derechos que puedan verse afectados”*⁴.

En suma, la persona a quien se le niega la pensión de invalidez siendo jurídicamente real beneficiario, puede acudir directamente a la acción de tutela i) de manera transitoria para impetrar su pago y reconocimiento, si se halla ante un perjuicio irremediable o ii) como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa judicial, este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados. Dicha situación deberá ser evaluada de manera apropiada por el juez constitucional al momento de pronunciarse sobre el amparo, favoreciendo en el juicio de procedencia a los sujetos de especial protección constitucional.

4. Derecho fundamental a la seguridad social

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la seguridad social, tiene carácter de derecho fundamental autónomo. Por lo mismo, debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna, ya que su debida protección asegura el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho fundado en el principio de dignidad humana.

Si bien es cierto que en un primer momento el derecho fundamental a la seguridad social fue catalogado como un derecho fundamental por conexidad⁵, debido a su carácter netamente social y progresivo,

⁴ Sentencia T-574 de 2013.

⁵ Por ejemplo, la sentencia T-080 de 2011, recordó que el derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando está íntimamente relacionado con derechos de rango constitucional, como la vida,

recientemente la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha precisado que *“no resulta razonable separar los derechos fundamentales de los derechos económicos sociales y culturales, porque en la Constitución se les otorga el carácter de fundamentales a todos los derechos. El derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión de vejez: (i) son derechos fundamentales que se encuentra amparados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Colombia; (ii) pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, cuando reúnen las características señaladas en la jurisprudencia para ser considerados como un derecho subjetivo”*⁶.

Es así como, hoy en día, la Corte reconoce que la seguridad social es un derecho fundamental independiente y autónomo, que puede ser objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela, cuando se comprueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para protegerlo⁷. En sentencia T-164 de 2011, se expuso *“... los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión. De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal”*.

De igual manera, la Corporación ha destacado la clara relación del derecho fundamental a la seguridad social en relación con los fines esenciales del Estado Social de Derecho, *“...los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución, son una clara muestra de ello al reconocer a la seguridad social un carácter de i) servicio público obligatorio, ii) derecho irrenunciable y iii) principio de garantía a toda persona. Seguridad social que ha sido definida como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan*

la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. De esta manera, en aquellos casos en los que se logre evidenciar que la omisión en el reconocimiento de la pensión de invalidez amenaza gravemente la vida en condiciones dignas del accionante, procede la acción de tutela.

⁶ T-477 de 2013

⁷ Ver sentencia T-474 de 2010.

afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”.

De acuerdo con ello, esta Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que el carácter fundamental de este derecho encuentra asidero en la satisfacción real de los derechos humanos, que recaen en el principio de dignidad humana, pues a través de este resulta posible que los ciudadanos afronten las circunstancias difíciles que impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y, consecuentemente, en la obtención de los medios de sustento económico que permiten ejercer efectivamente derechos subjetivos.⁸

Con relación a los menores de edad, la Constitución Política en su artículo 44 consagra la seguridad social como un derecho fundamental de los niños, al cual está obligado la familia, la sociedad y el Estado con el fin de asistir y proteger prevalentemente al niño para garantizar un desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. El artículo 48 establece la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que debe ser garantizado irrenunciablemente a todos los habitantes del territorio.

Así lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Congreso de la República, mediante Ley 12 de 1991, la cual establece en su artículo 26 que todo niño tiene derecho a beneficiarse de la seguridad social:

“Artículo 26.

- 1. Los Estados Partes reconocerán a **todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social**, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.*
- 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los **recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño**, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”* -negrilla fuera de texto-.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-032 de 2012; T-072 de 2013 y T-146 de 2013.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece en su artículo 7°:

“Artículo 7

Niños y niñas con discapacidad

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

En reciente pronunciamiento T-022 de 2013, la Corporación consideró al respecto, *“las personas con discapacidad tienen derecho a no ser discriminadas y a que se adopten medidas tendientes a lograr que su derecho a la igualdad sea efectivo, garantizándoles su participación e integración plena en la sociedad. Este derecho está consagrado en la Constitución y en tratados internacionales, normas en las que se establecen obligaciones en cabeza del Estado, entre las que se encuentran la de “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”, y la de abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con su protección especial. Para cumplir estas obligaciones, existe un deber de adoptar medidas como la implementación de “ajustes razonables”, entendido como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieren en un caso particular, para garantizarle a las personas con discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, las cuales no deben imponer una carga desproporcionada o indebida”.*

Por ello, una de las obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes consiste en incluirlos en el sistema de seguridad social desde el momento de su nacimiento⁹. Lo anterior, cubre los casos en los cuales por nacimiento, un niño recién nacido tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, caso en el cual la notoria situación de discapacidad imposibilita que como persona ejerza una actividad laboral, esencial en la vida cotidiana para integrarse en la sociedad.

Esta Corporación ha reconocido jurisprudencialmente que la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral se fija en ciertas ocasiones de manera irrazonable, desproporcionada o arbitraria, en detrimento del derecho fundamental a la seguridad social, por tanto, ha establecido un momento ulterior de la estructuración de la invalidez, con el fin contabilizar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración y, de esta manera, proteger el derecho fundamental a la seguridad social y el debido proceso administrativo.

Por regla general, para los casos de enfermedades o accidentes de origen común o laboral que conducen a una pérdida de capacidad laboral permanente, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de ocurrencia del hecho generador de la pérdida de la capacidad laboral. No obstante, en algunos casos, la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral difiere de la fecha indicada en el dictamen médico de calificación de pérdida de capacidad laboral. En aquellas situaciones, la Corte ha determinado que la fecha de estructuración de invalidez puede determinarse ya sea con base en la fecha del dictamen sobre la pérdida de la capacidad laboral, en el momento en que se diagnosticó la enfermedad, o en aquella en la que se presentaron los primeros síntomas, según lo que repose en la historia clínica. En el caso de las enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, en el momento en que la evolución de la enfermedad conllevó a la efectiva incapacidad para procurarse una subsistencia mínima a través del trabajo.

Dado que por circunstancias de salud a la persona inválida le resulta imposible seguir desarrollando sus actividades laborales en condiciones normales, la apreciación de la pérdida de la capacidad laboral se torna iusfundamental, ya que establece un posible derecho subjetivo en cabeza de una persona que ostenta la calidad de sujeto de especial protección. Erradamente, en muchas oportunidades, las Juntas de Calificación de

⁹ Ver artículo 39.7 de la Ley 1098 de 2006.

Invalidez al realizar una interpretación exegética, sitúan subjetivamente el momento a partir del cual se considera que una persona no puede seguir laborando y con esa primera calificación se torna inalcanzable el goce del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

La sentencia **T-699A de 2007**, trata sobre un tutelante que contrajo VIH y contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %. La entidad accionada negaba el derecho a la pensión de invalidez porque no cumplía con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, toda vez que entre junio de 2000 y junio de 2003 solo contabilizaba 29.8 semanas de aporte. La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional consideró que era desproporcionada la interpretación de la accionada, ya que desconocía que el accionante continuó ejerciendo actividades laborales y cotizó al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración, por tanto, tomó en cuenta como fecha de estructuración la fecha del dictamen de calificación de la invalidez, *“... en este caso la calificación de la invalidez se realizó en una fecha muy posterior a aquella que se determinó para la estructuración de la misma, ocurre que el tutelante continuó cotizando más allá de la fecha de estructuración hasta, incluso, después de que se realizó el examen de calificación, no obstante lo cual, la entidad accionada, al realizar una interpretación literal del texto de la ley, sólo tuvo en cuenta el periodo de aportes hasta la fecha de estructuración”*.

Señaló en esta oportunidad dicha Sala que el hecho de no tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del sistema de seguridad social en pensiones al *“beneficie[arse] 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”*.

En la sentencia **T-561 de 2010** la Sala Sexta de Revisión de la Corte reconoció una pensión de invalidez que había sido negada ya que la fecha de estructuración impuesta, fijada 21 años atrás, reducía a 17 semanas el tiempo cotizado por la actora. Por lo cual, la Sala procedió a modificar la fecha de estructuración, de conformidad con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, emitido en el 2004, el cual consolidaba en la accionante una verdadera situación de invalidez. *“... salvo que exista una*

prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez de una persona suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones de más mientras se produce tal calificación. -subrayado fuera de texto- (...) en varias de las ocasiones en las que, por excepción, esta corporación ha estimado procedente la acción de tutela como vía para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, ha referido de manera precisa la posibilidad de que una incorrecta fijación de la fecha de estructuración de dicho estado conduzca a la negación de la pensión, al considerarse insuficiente el número de semanas de cotización frente a lo exigido por la norma legal aplicable al caso concreto. Este aspecto debe ser entonces cuidadosamente valorado por la entidad que decide sobre el otorgamiento del derecho pensional, pues la inadvertencia sobre la fecha de estructuración puede implicar el desconocimiento del debido proceso administrativo y de otros derechos fundamentales de la persona que busca la prestación”.

Mediante providencia **T-671 de 2011**, esta Sala de Revisión estudió el caso de una señora que le fue modificada por el Instituto de Seguro Social, la fecha de estructuración de la enfermedad del 27 de febrero de 2009 al 13 de marzo de 1981, con una pérdida de la capacidad laboral del 64.64 %. Se evidenció por la Sala en aquella oportunidad que “*los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir 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 superior al 50 %, tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez – Decreto 917 de 1999-*”.

Esta situación genera una vulneración al derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez y han solicitado su pensión para conjurar este riesgo, por cuanto, en primer lugar, desconoce que, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de este tipo de padecimientos puede continuar desarrollando sus actividades; en segundo lugar, no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha

de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, lo cual puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de pensiones". Por lo cual, tuvo en cuenta la primera fecha de estructuración, dado que ese fue el día en que el galeno de medicina laboral del ISS la determinó.

En la sentencia **T-427 de 2012**, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, estudió un caso de *retardo mental leve*, en el cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, confirmó la calificación y la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del accionante, argumentando que la patología calificada se identificó en el desarrollo general del retardo, el cual se presentó a partir del nacimiento, el 11 de agosto de 1964.

En esta providencia, indicó esta Sala que en los casos que la causa de la invalidez de los pacientes se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, se establece una fecha de estructuración anterior al dictamen, que vulnera el derecho a la seguridad social y el mínimo vital de los afiliados al sistema, ya que la persona conserva sus capacidades funciones y cotiza al sistema, *"así, es posible que, en razón de la enfermedad que genera la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración del estado de invalidez sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen, a pesar de que la persona haya conservado sus capacidades funcionales y cotizado al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración"*.

En ese sentido, concluyó la Sala Primera de Revisión lo siguiente:

"A juicio de esta Sala, una persona que haya nacido con discapacidad no puede ser excluida del derecho a la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no reúne 50 semanas antes de la estructuración de su invalidez porque esta se estableció a partir de su nacimiento, si se constata que, i) está en las mismas condiciones de vulnerabilidad de quienes sí son, por disposición legal expresa, beneficiarios de la pensión, ii) se afilió al sistema y ha aportado un número relevante de semanas (50 o más), iii) no hay pruebas de que lo haya hecho con el ánimo de defraudar al sistema" -negrilla fuera de texto-.

Por lo anterior, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma definitiva al accionante, declarando sin efectos el

dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido el 15 de abril de 2009, respecto de la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor a partir de su nacimiento. En su lugar, entendió la Sala que la estructuración de la invalidez del señor Meza Franco se dio a partir del 8 de marzo de 1999, momento en que el trabajador hizo el último aporte al Sistema General de Pensiones.

En la sentencia **T-022 de 2013**, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional amparó una vulneración a la igualdad y a la seguridad social, en un caso en el cual la actora fue evaluada el 29 de febrero de 2012, y mediante dictamen del 7 de marzo de 2012 fue calificada con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 53.15 %, con fecha de estructuración del 24 de marzo de 1980, es decir, desde su nacimiento. La Sala de Revisión, consideró que la invalidez de la señora Ramírez Peñuela no pudo estructurarse desde su nacimiento, porque desde el año 2004 y hasta el año 2011, la actora contaba con las habilidades, destrezas y aptitudes físicas, mentales y sociales, que le permitieron desempeñar trabajos habituales, por los cuales recibía un salario y aportaba al Sistema de Seguridad Social Integral. En razón a ello, modificó la fecha de estructuración entendiendo por esta la fecha de solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez:

“... en aquellos casos en los que una entidad encargada de practicar el dictamen de pérdida de capacidad laboral de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, ha establecido la estructuración de la misma en una fecha muy antigua en el tiempo, con base en el momento en que se dictaminó por primera vez la enfermedad, sin tener en cuenta que esa persona ha conservado su capacidad laboral y ha aportado al sistema luego de ese momento, y que esa decisión hace que a esa persona le sea imposible cumplir con los requisitos legales para pensionarse, el juez de constitucionalidad debe tutelar el derecho a la seguridad social de esa persona, estableciendo la fecha de estructuración a partir del momento en que la persona perdió efectivamente su capacidad laboral”.

En el más reciente pronunciamiento, **T-483 de 2014**, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, estudió el caso de Asdrubal Jesús Ariza, quien alegó violación a sus derechos fundamentales por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, porque ésta le negó la pensión de invalidez argumentando que la fecha en que se

fijó la estructuración de su pérdida de capacidad laboral es concomitante con su día de nacimiento, por lo que no tenían ninguna semana cotizada al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la fecha de estructuración.

Consideró que Sala irrazonable la interpretación de la entidad accionada, pues, *“de darle eficacia jurídica a tal interpretación, se le restaría valor a los mandatos constitucionales de prohibición de discriminación, a la protección especial de las personas con discapacidad, así como al principio de igualdad, porque bajo la legislación actual no existe posibilidad de que el señor Ariza se pensione por invalidez. Esta interpretación implica, que sin importar el número de semanas que trabaje y cotice una persona al sistema de seguridad social en pensiones, bajo la legislación vigente no podrá gozar de este derecho, por habersele diagnosticado desde su nacimiento una pérdida de la capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%)”*.

Más adelante, señala *“De aceptarse esta interpretación, se estaría (i) admitiendo que las personas que nacieron con una discapacidad, por razón de su especial condición no pueden trabajar ni procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez, derechos que sí están reconocidos a las demás personas.¹⁰ Así como también, (ii) se estaría aceptando un acto de discriminación contra el peticionario por motivo de su discapacidad, que tiene el efecto de impedir que este acceda a la pensión de invalidez”*.

En esa medida, como existían aportes del accionante posteriores a la fecha de estructuración, dicha Sala modificó la fecha de estructuración a la fecha del dictamen, en la cual se estableció la verdadera pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral.

5. Régimen constitucional y legal para otorgar pensión de invalidez por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido enfática y reiterativa en cuanto al reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, dadas las condiciones especiales con que cuentan las personas que sufren enfermedades catastróficas, crónicas, degenerativas o congénitas. En este aspecto, la Corte ha precisado que existe un problema

¹⁰ Sentencia T-022 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa).

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 laborar¹¹.

Respecto a los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de esta prestación previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (texto original), se estableció el acceso a la pensión de invalidez para los afiliados que acreditaran una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y que, a su vez, se encontraran en alguno de los siguientes eventos: (i) estuvieren cotizando al régimen y tuvieran aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; (ii) hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaran aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Esta norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el cual estableció que el afiliado que hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral debía: (i) en el caso de *enfermedad común*, acreditar 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y su fidelidad de cotización para con el sistema debía ser de al menos el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplieron 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; (ii) para el caso de invalidez originada en *accidente de trabajo*, sólo se exigía el requisito de la cotización mínima de 50 semanas.

No obstante, esta disposición fue declarada inexecutable por esta Corporación, en la sentencia C-1056 de 2003, debido a *vicios de procedimiento* en su formación.

Así las cosas, actualmente los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente modificados por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual dispuso que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido en más de un 50 % y, además, acredite las siguientes condiciones:

¹¹ Ver, entre otras, la sentencia T-690 de 2013.

- (i) En caso de invalidez causada por enfermedad se exige *"haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez"*¹².
- (ii) En caso de invalidez causada por accidente se exige *"haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez."*

Adicionalmente, el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, establece que se consideran afiliados al sistema general de pensiones, *"todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional"*, también los trabajadores que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la Ley.

De manera expresa, se señala en el literal e) del párrafo del mencionado artículo que con respecto a los trabajadores independientes: *"Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral"* -negrilla fuera de texto-.

6. Análisis del caso en concreto

¹² Ver sentencia C-428 de 2009, la cual declaró exequible el artículo, salvo la expresión: *"y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez"*.

En el presente caso se tienen unas circunstancias fácticas excepcionales, que ameritan un recuento sobre la particular situación de la accionante María Consuelo Correa Alzate, cuyos derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y a la vida digna se considera vulnerados, ante la negativa de COLPENSIONES en reconocer su pensión de invalidez debido a: i) una falta en las semanas que deben ser cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la enfermedad y; ii) un desconocimiento de todas las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración.

Pasa la Sala a sintetizar los hechos de la acción de tutela de la referencia para mayor claridad:

1. María Consuelo Correa Alzate, es una persona declarada judicialmente en **interdicción judicial indefinida**, por tanto, su madre, Ana Deiba Alzate de Correa, fue designada como curadora principal y legítima, lo cual implica para la madre de la accionante, fungir como su representante para todos los actos de la vida civil.
2. De su historia clínica, soportada por diferentes médicos y especialistas, se evidencia que padece **hipotiroidismo congénito, retardo mental severo y secuelas de meningitis**. Lo anterior, conduce a que la paciente deba llevar un tratamiento que incluye diversos medicamentos diarios, fisioterapias, el insumo de pañales, entre otros. Según dos conceptos médicos, María Consuelo es una *“paciente con severo compromiso motor y cognitivo con imposibilidad para marcha independiente y sin adquisición del lenguaje”*¹³ (...) *“la paciente en mención no está en capacidad de autodeterminarse, ni de ser independiente económicamente, ni de administrar bienes, incluyendo el manejo de dinero. Requiere de asistencia permanente en todas la áreas”*¹⁴.
3. En el dictamen sobre la pérdida de la capacidad laboral, que le fue realizado a la accionante por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto Colombiano de Seguro Social, el día 5 de agosto de 2011, se determinó un **porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 79,60 %**, con fecha de estructuración del **16 de septiembre de 1972**, es decir, fue establecida aproximadamente un año y seis

¹³ Ver folio 20, Concepto del doctor Leonardo F. Moreno, especialista en neurología.

¹⁴ Ver folio 12. Dictamen de perito médico en el proceso de interdicción judicial.

meses después de su nacimiento, ya que se tiene que la accionante nació el **16 de marzo de 1971**.

4. Del reporte de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, actualizado a 19 de febrero de 2014, se revela que María Consuelo Correa Alzate, tiene un estado de afiliación activo-cotizante, pertenece al régimen subsidiado de salud¹⁵ y cuenta con **736,71 semanas cotizadas, tituladas a su nombre, en un periodo de 15 años, comprendido desde el 1 de julio de 1998 hasta el 31 de mayo de 2013**, las cuales, según el escrito de tutela fueron cotizadas en su favor por parte de su madre como trabajadora independiente.
5. Del anterior reporte, la Sala de Revisión extrae que contando sus aportes realizados, bien sea **tres (3) años antes de la fecha del dictamen de calificación**, del 5 de agosto de 2011 o **de la fecha de su última cotización**, que data del 31 de mayo de 2013, la accionante cuenta con **150,5 o 154,44**, en este último caso todas las semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, respectivamente.
6. La madre-curadora de la accionante, cuenta actualmente con 75 años de edad y escasos recursos; manifiesta que se encuentra en imposibilidad económica de continuar efectuando las cotizaciones en nombre de su hija. Además, que no cuenta con cotizaciones propias en el sistema pensional, por lo cual carece de pensión de vejez, al igual que el difunto padre de la accionante, fallecido el 20 de diciembre de 2003.
7. El 1º de noviembre de 2012, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el cual fue negado por COLPENSIONES mediante resolución del 1 de marzo de 2013,

¹⁵ Según el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado son *“las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”* -subrayado fuera de texto-

aduciendo que “no es posible que figuren semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral” (...) “... si bien el asegurado continuó cotizando al sistema después de la fecha de estructuración, estas semanas no serán tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez” -folio 23-.

Con las anteriores premisas, propias de un caso extremo y atípico de seguridad social -pensión de invalidez-, procede la Sala Octava de Revisión a decidir de fondo el asunto, con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, el cual establece la excepción de inconstitucionalidad, según la cual en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución Política y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

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-550 de 2008, T-1203 de 2008, T-658 de 2008 y T-826 de 2008, entre otras, en las cuales esta Corporación excepcionó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 por inconstitucional, manteniendo el contenido normativo original de la disposición.

Como se anotó en las consideraciones de esta providencia, el artículo 1° de 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”, declarado inexecutable parcialmente mediante la sentencia C-428 de 2009, modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, estableciendo dos requisitos para obtener la pensión de invalidez, a saber: i) quien sea declarado inválido por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, que hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral y; ii) haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En relación con el segundo requisito referente a cotizar 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, la Sala encuentra aplicable al caso concreto la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4° constitucional, respecto a los menores de edad que desde el nacimiento presentan una

pérdida de la capacidad laboral superior al 50 % de pérdida de la capacidad laboral, no obstante, las autoridades del sistema de seguridad social en pensiones determinan una fecha de estructuración concomitante con el nacimiento, que hace imposible cotizar cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores.

Esta fecha impuesta, incluso con anterioridad a la edad mínima legal para trabajar, desconoce las capacidades y aptitudes laborales que eventualmente puede llegar a desarrollar en su vida un menor discapacitado, la cual transcurre con posterioridad a la fecha de estructuración y, por tanto, debe ser exceptuada por inconstitucional al hacer quimérico el ejercicio y goce del derecho fundamental a la seguridad social de los menores de edad con discapacidad de nacimiento, que pretenden alcanzar una pensión de invalidez al igual que los demás ciudadanos.

Por lo anterior, dicho requisito será inaplicable en el caso concreto, como quiera que además vulnera la prohibición de discriminación y la protección especial de las personas con discapacidad, ya que bajo la legislación actual, contenida en el numeral 1° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, no existe posibilidad de que la señora María Consuelo Correa Alzate se pensione por invalidez debido a que la fecha de estructuración de su enfermedad fue determinada al año y seis meses de haber nacido. Una interpretación rígida y exegética de la ley, implicaría que sin importar el número de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración, bajo la legislación vigente no podrá gozar de este derecho, por habersele diagnosticado una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 % de manera concomitante a su nacimiento

Para la Sala es manifiestamente inconstitucional dicho requisito para la población discapacidad de nacimiento con más del 50 % de pérdida de la capacidad laboral, ya que significa una i) desigualdad legal para menores especialmente protegidos, que por sus condiciones físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; ii) una desprotección en el goce del derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social y; iii) una forma de discriminación por razón de discapacidad de nacimiento, ya que constituye una exclusión a los discapacitados por nacimiento sin justa causa, que obstaculiza el reconocimiento, goce y ejercicio, del derecho fundamental a la seguridad social de esta población específica, en igualdad de condiciones.

Como se extrae, la inconstitucionalidad se deriva en el derecho fundamental a la igualdad y a la seguridad social, los cuales no pueden ser desconocidos abiertamente por las autoridades del sistema de seguridad social. También se motiva en la incompatibilidad de la norma respecto a la doble protección constitucional especial de la que son titulares los menores de edad en situación de discapacidad. Para la Sala no hay razones suficientes que faculten a las autoridades del sistema de seguridad social en pensiones para anular el nivel de protección que merecen las personas que nacen con discapacidad superior al 50%, con la imposición de una fecha de estructuración cercana al nacimiento, anterior a la edad mínima legal para iniciar una vida laboral.

Si se aceptara la interpretación de que María Consuelo no tiene derecho a la pensión de invalidez, porque padece una enfermedad desde su nacimiento, se estaría admitiendo que a las personas que nacen con discapacidad, no se les debe garantizar la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez, derechos que sí están reconocidos a las demás personas. Esta interpretación constituye un acto de discriminación contra la accionante por motivo de su discapacidad, pues tiene el efecto de impedir que ella acceda a la pensión de invalidez, situación contraria a la Constitución y a los tratados internacionales que protegen a las personas con discapacidad de ser discriminadas por su condición especial.

Por ello, a través de precedentes jurisprudenciales citados con antelación, la Corporación ha evidenciado la necesidad de modificar la fecha de estructuración conexas al nacimiento, reemplazándola por la fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, por la última cotización efectuada o, incluso, por la fecha de solicitud del reconocimiento pensional, como quiera que el sujeto discapacitado, especialmente protegido, laboró y cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, con posterioridad a la fecha de estructuración determinada.

Adicionalmente, se sustenta en compromisos adquiridos internacionalmente por el Estado colombiano, que el 10 de mayo de 2011 ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades, la cual en su artículo 4.1.b, comprometió al Estado colombiano como obligación general, para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de

las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, Colombia se comprometió a: “(...) b) *Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*”.

A su vez, la negativa de la entidad accionada implica en este caso una violación a los ajustes razonables¹⁶ que debe realizar el Estado colombiano para cumplir con normas integradas mediante el bloque de constitucionalidad, tendientes a promover la igualdad y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad, ya que se impuso a la accionante una carga desproporcionada e irrazonable al momento de fijar una fecha de estructuración con el nacimiento que desconoce sus semanas cotizadas al sistema de seguridad social.

En el caso *sub-examine*, se tiene que la accionante cuenta con un alto porcentaje de pérdida de la capacidad laboral -79.60 %-. El problema jurídico radica en establecer si es posible reclamar una pensión de invalidez cuando con posterioridad a la fecha de estructuración y sin la existencia de una relación laboral, se realizaron y recibieron cotizaciones al sistema de seguridad social por cuenta de otro.

Para resolver el asunto, estima la Sala pertinente transcribir el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, el cual dispone:

Artículo 15. Afiliados. *Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:*

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para

¹⁶ El artículo 2° de la Convención define el término ajustes razonables como “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; la cual dificulta el ejercicio y goce del derecho al trabajo en condiciones normales*”.

*ser beneficiarios de subsidios a través del **Fondo de Solidaridad Pensional**, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.*

También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley.

Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los Servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, durante el mismo lapso.

***Parágrafo 1°.** En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios: (...) e) **Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral (...)**” - negrita fuera de texto-*

De conformidad con lo anterior, en el caso concreto resulta ajustado a la ley que la madre de la discapacitada efectuara aportes a favor de la accionante -afiliada a través del Fondo de Solidaridad Pensional-, sin que fuese necesaria la existencia de una relación laboral, ya que la misma afiliación denota que la accionante debía ser subsidiada en sus cotizaciones en pensiones, por ser parte de un grupo poblacional que carece de suficientes recursos realizar la totalidad de los aportes. Así las cosas, la Sala de Revisión no puede desconocer los amplios aportes realizados por la madre a la accionante, quien además en condición de curadora reemplazó satisfactoriamente a su hija en la obligación de afiliación y cotización al sistema de seguridad social, en concordancia con la Ley 100 de 1993 que permite que terceros realicen aportes a favor de afiliados, sin que medie la existencia de una relación laboral¹⁷.

En este caso se concluye que la intención de Ana Deiba Alzate de Correa, no consistió en defraudar al sistema de seguridad social en pensiones,

¹⁷ Ley 1306 de 2009, "por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados", establece en su artículo 49 los actos en favor de incapaces absolutos, "todo acto gratuito desinteresado o de mera liberalidad de persona capaz, en favor de personas con discapacidad mental absoluta o a impúberes es válido y se presume el consentimiento de su representante legal (...)".

iniciando aportes a pensión con el único fin de acumular apenas las semanas requeridas por la ley para obtener el reconocimiento prestacional, caso en el cual, se hubiere justificado una decisión como la proferida por COLPENSIONES.

Contrario sensu, es de resaltar que la entidad accionada en ningún momento se negó a recibir las 736,71 semanas cotizadas en el transcurso de 15 años, desde julio de 1998 hasta mayo de 2013; los motivos que arguye en el acto administrativo que niega la pensión de invalidez se circunscriben a que no cumple con las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, lo cual resulta imposible para cualquier discapacitado cuya enfermedad sea estructurada en un momento cercano al nacimiento. También indicó la resolución *sub iúdice* que las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha no deben ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando estas fueron cotizadas de buena fe y admitidas sin oposición durante 15 años, fundando una expectativa cierta sobre la situación pensional de la accionante.

Ahora bien, deteniéndose la Sala en la solidaridad de la solicitud pensional, encuentra, con un criterio flexible de interpretación, que por cuenta de la madre, la accionante acredita durante toda su historia laboral una cantidad significativa y muy superior a la exigida por Ley para obtener la pensión reclamada, esto demuestra que ha cumplido y debe recibir el mismo trato del Estado, siendo este un caso extremo de enfermedad congénita y degenerativa que impide el ejercicio normal del derecho al trabajo¹⁸.

Además, en este caso la falta del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado, quien en su estado grave de discapacidad no tiene un sustento o una prestación que la proteja ante esta contingencia, menos aun considerando que su madre y su padre no cotizaron para obtener pensión de vejez. Esto descarta otro medio distinto prestacional que cobije a la hija inválida, ya que no tiene derecho

¹⁸ Aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa a la sentencia T-138 de 2012 “3.4.1. El juez debe tomar en cuenta la cantidad de cotizaciones que la persona acredite durante toda su historia laboral con el fin de analizar desde el punto de vista de la solidaridad su solicitud pensional. En ese sentido, una persona que no cumpla con el requisito de las cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, pero que demuestre mediante la historia de sus aportes o cotizaciones que ha cumplido solidariamente con el sistema, debe recibir el mismo trato, en caso de presentarse un evento o una enfermedad que le impida ejercer su trabajo”.

a una eventual pensión de sobrevivientes o especial por hijo inválido que le permita una subsistencia digna.

Un Estado Social de Derecho como el nuestro, no puede desconocer la especial situación de la tutelante, perteneciente al régimen subsidiado en salud, de estrato 1 y que nunca ha ejercido actividades laborales por su estado de avanzada discapacidad. Por la misma cláusula constitucional, no es posible omitir las cotizaciones al sistema que permiten determinar el derecho social fundamental a la seguridad social, el cual en este caso garantiza condiciones de vida digna y salud para un sujeto de especial protección.

Así, en virtud de garantizar el derecho a la igualdad de las personas discapacitadas por nacimiento, el derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social y el perjuicio que dicha norma irroga sobre el mínimo vital de la actora y su madre, la Sala considera que se tutelarán los derechos de la accionante inaplicando por inconstitucional el numeral 1° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y, en consecuencia, ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones contabilizar las cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha del dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral de la accionante, de fecha 5 de agosto de 2011, teniendo en cuenta que en ese momento oficialmente el sistema calificó el porcentaje de invalidez. Con base en todo lo anterior, la entidad accionada deberá, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconocer y pagar la pensión de invalidez que corresponda a favor de la señora María Consuelo Correa Alzate.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de 4 de abril de 2014, proferida por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartago, Valle del Cauca y, en su

lugar, **CONCEDER** por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad respecto de la accionante María Consuelo Correa Alzate.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución Número GNR 035189 de 13 de enero de 201, mediante la cual COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por la señora María Consuelo Correa Alzate.

Tercero.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES– que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a favor de la ciudadana María Consuelo Correa Alzate (C.C. 31.423.994), la cual será administrada por sus curadoras generales legítimas, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia, aclarando que puede abstenerse de pagar las mesadas que hayan prescrito.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada



ANDRES MUTIS VANEGAS
Secretario General (e)