El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Apelación Sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-003-2017-00500-01

Demandante: Falia Lenny Restrepo Giraldo

Demandado: Protección S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: PENSIÓN DE INVALIDEZ / FECHA DE ESTRUCTURACIÓN / REQUISITOS PARA VARIARLA EN CASOS DE ENFERMEDADES DEGENERATIVAS / EXISTENCIA DE UNA EFECTIVA CAPACIDAD LABORAL RESIDUAL / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / CASO, TRABAJADOR INDEPENDIENTE.**

Los requisitos para la pensión de invalidez se encuentran contemplados en el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, que a su vez remite al artículo 39 ibidem modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez del 50% o superior, por ser la norma vigente para el año 2014, data en la que se estructuró la invalidez de la actora…

Así, frente al requisito de la densidad de cotizaciones debe cumplirse con anterioridad a la determinación de la PCL; sin embargo, de manera excepcional, pueden contabilizarse a partir de otras fecha como son: (i) la calificación de la invalidez, (ii) la última cotización efectuada o (iii) la solicitud del reconocimiento pensional, bajo la condición que la invalidez haya sido el producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita y las cotizaciones realizadas con posterioridad a la verdadera estructuración del estado invalidante se hayan realizado en ejercicio de una efectiva y probada capacidad residual del interesado y no con el único fin de defraudar al sistema general de pensiones; tal y como lo ha sostenido la SCL de la Corte Suprema de Justicia…

… respecto al segundo presupuesto, esto es, una efectiva y probada capacidad residual que le permitiera a la demandante hacer las cotizaciones sin ánimo de defraudar al sistema, según la historia laboral que reposa a folios 74 a 75, esta cotizó como dependiente hasta el año 2003, antes de estructurarse la invalidez; posterior a ello, concretamente a partir de septiembre de 2014 continúo haciendo aportes como independiente hasta el 01-01-2018 y alcanzó un total de 77.14 semanas dentro de los tres últimos años a la data en que se emitió el dictamen, esto es entre el 26-06-2013 y 26-06-2016; sin embargo, pese a ello la demandante ninguna prueba aportó tendiente a demostrar que dichas cotizaciones no tuvieron como fin defraudar al sistema, sino que pese a su enfermedad crónica pudo desarrollar actividades productivas con normalidad y continuar cotizando al mismo.

Supuesto fáctico que debe advertirse le correspondía a la promotora del litigio demostrar en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, sin que pueda inaplicarse tal disposición, pues precisamente por ser una interpretación jurisprudencial que permite cambiar la fecha para contabilizar semanas, en contravía de la ley, es lo que justifica su deber probatorio y no lo contrario, más aún cuando nadie puede crear su propia prueba y así lo sostiene la Corte Constitucional en sentencias SU-588-2016, T-003-2013, T-318-2016…

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

… la realidad ha mostrado en varios eventos que la falta de capacidad laboral no siempre coincide con el hecho invalidante y eso ha obligado a los jueces y juezas laborales a considerar, con cierta reticencia, como punto de partida, la fecha de la calificación de la falta de capacidad laboral. Pero aunque esa posibilidad, que además la contempla la propia norma, es mucho más laxa y ha cobijado positivamente a un grupo considerable de personas en estado de invalidez, sigue dejando desprotegidos a otros segmentos de personas discapacitadas cuyo estado invalidante se produjo por ejemplo desde el nacimiento, o a aquellas que padecen una enfermedad crónica, degenerativa y progresiva; personas a las cuales la aplicación literal de la norma en comento en muchas ocasiones terminaba violando sus derechos fundamentales, máxime cuando pese al estado invalidante continuaron trabajando y cotizaron al sistema ora como trabajadores dependientes, ora como trabajadores independientes…

Si al momento de vinculación al sistema, el afiliado se inscribe como trabajador independiente y efectúa sus aportes bajo dicha calidad, ha de presumirse que sus cotizaciones provienen de los ingresos generados a partir del desarrollo de una actividad productiva, pues el operador judicial no pude basar sus juicios en ideas preconcebidas contras las personas en situación de discapacidad, de quienes equivocadamente se piensa que no son productivos o que no pueden ocuparse de tareas que si pueden desarrollar quienes cuentan con plenitud de capacidad física.

Resulta abiertamente discriminatorio exigirle al afiliado con limitaciones de salud pruebas de que los ingresos que destina al pago de sus aportes pensionales como trabajador(a) independiente provienen del desarrollo de una actividad económica en particular, pues esta no es una exigencia que se le haga al resto de afiliados que cotizan al sistema bajo dicha calidad y que pretenden acceder, por ejemplo, a la pensión de vejez o de muerte.

**LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, MEDIANTE SENTENCIA SL1040-2022, RADICACIÓN Nº 87025, DE FECHA 30 DE MARZO DE 2022, QUE PUEDE SER CONSULTADA EN LA PÁGINA WEB DE DICHA CORPORACIÓN O EN EL ARCHIVO QUE ESTÁ A CONTINUACIÓN DE ÉSTE, CASÓ EL PRESENTE FALLO Y “EN SEDE DE INSTANCIA” CONFIRMÓ LA SENTENCIA PROFERIDA EL 20 DE SEPTIEMBRE DE 2019 POR EL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD QUE ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veinte (20) días del mes de septiembre de dos mil diecinueve (2019), siendo la once de la mañana (11:00 a.m.), la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Falia Lenny Restrepo Giraldo** contra la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías –** **Protección S.A.**, radicado bajo el N° 66001-31-05-003-2017-00500-01.

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandada y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**ANTECEDENTES**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Falia Lenny Restrepo Giraldo pretende que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común a partir del 26-06-2016 y, en consecuencia, se condene a Protección S.A. a pagarle la prestación aludida, el retroactivo pensional, los intereses de mora y las costas procesales.

Fundamenta sus aspiraciones en que: *i)* el 26-06-2016 fue calificada con PCL del 60.55% de origen común y como fecha de estructuración el 15-07-2014; ii) Protección S.A. negó la pensión de invalidez por no reunir los requisitos contenidos en la Ley 860 de 2003; iii) el 09-05-2017 solicitó reconsideración de su caso para que se tuviera como fecha de estructuración el 26-06-2016; iv) entre el 26-06-2013 y 26-06-2016 cotizó 68.5 semanas.

**La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como razones de defensa que la accionante no acreditó las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: “*Ausencia de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez”, “inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de invalidez”, “improcedencia de la condena de intereses moratorios”, “compensación”, “prescripción” y “genérica*”.

1. **Síntesis de la sentencia apelada.**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que la señora Falia Lenny Restrepo Giraldo tenía una PCL del 60.55% de origen común, con fecha de estructuración el 30-06-2018 y que cumple con las 50 semanas consagradas en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y, en consecuencia, condenó a Protección S.A., al pago de la pensión con su correspondiente retroactivo, los intereses moratorios y las costas procesales.

Como fundamento de su determinación la *a quo* consideró que la demandante logró acreditar la capacidad residual para que se modificará la fecha de estructuración emitida en el dictamen inicial como lo sostiene la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

1. **Del recurso de apelación**

La demandada inconforme con la decisión la apeló y argumentó que la fecha del dictamen no fue caprichosa ni arbitraria, en tanto que se basó en un hecho médico objetivo a partir del cual se pudo establecer el avance de la enfermedad. Además, señaló que la demandante no logró acreditar que las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración fueran producto de una capacidad residual, ya que ni siquiera probó la actividad económica que desarrollaba como trabajadora independiente, pues el solo hecho de que se efectúen cotizaciones al sistema de seguridad social integral no es prueba suficiente para demostrarlo.

**CONSIDERACIONES**

**1. De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala se pregunta:

(i) ¿La señora Falia Lenny Restrepo Giraldo logró acreditar los requisitos jurisprudenciales para la contabilización de las semanas tendientes a obtener la pensión de invalidez de conformidad con la sentencia SU-588 de 2016 proferida por la Corte Constitucional?

(ii) Si la respuesta al anterior interrogante fuere afirmativa, ¿Le asiste el derecho a la actora al reconocimiento de la pensión de invalidez y desde cuándo?

**2. Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. Requisitos de la pensión de Invalidez - Fecha de estructuración de la PCL cuando se trata de enfermedades crónicas o progresivas.**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

Los requisitos para la pensión de invalidez se encuentran contemplados en el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, que a su vez remite al artículo 39 *ibidem* modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que exige al afiliado haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez del 50% o superior, por ser la norma vigente para el año 2014, data en la que se estructuró la invalidez de la actora (fl. 18 y ss, cdno 1).

Así, frente al requisito de la densidad de cotizaciones debe cumplirse con anterioridad a la determinación de la PCL; sin embargo, de manera excepcional, pueden contabilizarse a partir de otras fecha como son: (i) la calificación de la invalidez, (ii) la última cotización efectuada o (iii) la solicitud del reconocimiento pensional, bajo la condición que la invalidez haya sido el producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita y las cotizaciones realizadas con posterioridad a la verdadera estructuración del estado invalidante se hayan realizado en ejercicio de una efectiva y probada capacidad residual del interesado y no con el único fin de defraudar al sistema general de pensiones; tal y como lo ha sostenido la SCL de la CSJ[[1]](#footnote-1), que a su vez ha admitido la tesis expuesta por su homóloga Constitucional en sentencia SU 588-2016.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

Bien. Se tiene acreditado que la señora Falia Lenny Restrepo Giraldo *(i)* fue calificada el 26-06-2016 por Suramericana con una PCL del 60.55%, de origen común y con fecha de estructuración del 15-07-2014, (ii) cotizó durante toda su vida laboral un total de 425.29 semanas y 0 dentro los tres años anteriores a la fecha de su estructuración – el 15-07-2011 y el 15-07-2014 – (fls. 71 a 75, cdno 1), insuficientes para causar la pensión de invalidez al tenor de la Ley 860 de 2003.

Pero como se invoca la aplicación de la tesis de Corte Constitucional en torno a las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas que permita tener como punto de partida para la consolidación fecha diferente a la estructuración de la invalidez, entre otros el día del dictamen, se pasará a estudiar si ello es procedente.

Así, obra a folio 178 y s.s. del cd. 1 la experticia emitida por Suramericana, de la que se extrae que las deficiencias que padece la demandante y que fueron objeto de calificación son *“Insuficiencia renal terminal”* e *“Hipertensión Esencial (Primaria)”* (con fecha de inicio de sus patologías 22-02-2005), y en el acápite denominado “calificación y valoración de deficiencias” se determinó que era “enfermedad renal crónica estadio V – hemodiálisis”, por lo que en principio acreditaría el primer requisito sentado por la jurisprudencia constitucional.

Ahora, respecto al segundo presupuesto, esto es, una efectiva y probada capacidad residual que le permitiera a la demandante hacer las cotizaciones sin ánimo de defraudar al sistema, según la historia laboral que reposa a folios 74 a 75, esta cotizó como dependiente hasta el año 2003, antes de estructurarse la invalidez; posterior a ello, concretamente a partir de septiembre de 2014 continúo haciendo aportes como independiente hasta el 01-01-2018 y alcanzó un total de 77.14 semanas dentro de los tres últimos años a la data en que se emitió el dictamen, esto es entre el 26-06-2013 y 26-06-2016; sin embargo, pese a ello la demandante ninguna prueba aportó tendiente a demostrar que dichas cotizaciones no tuvieron como fin defraudar al sistema, sino que pese a su enfermedad crónica pudo desarrollar actividades productivas con normalidad y continuar cotizando al mismo.

Supuesto fáctico que debe advertirse le correspondía a la promotora del litigio demostrar en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, sin que pueda inaplicarse tal disposición, pues precisamente por ser una interpretación jurisprudencial que permite cambiar la fecha para contabilizar semanas, en contravía de la ley, es lo que justifica su deber probatorio y no lo contrario, más aún cuando nadie puede crear su propia prueba y así lo sostiene la Corte Constitucional en sentencias SU-588-2016, T-003-2013, T-318-2016, entre otras, en las que dijo de manera textual *“(…) el demandante debe demostrar que éstas se hicieron como consecuencia de la capacidad residual que tenía para seguir laborando”*.

Contrario a lo anterior, en el dictamen emitido por Suramericana en el acápite denominado “Valoración del Rol Laboral, Rol Ocupacional y otras áreas ocupacionales” se registró en la clasificación de las restricciones en función de la autosuficiencia económica “*precariamente autosuficiente 1.5*” y en el recuento cronológico se consignó que el 21-08-2015 en el pronóstico funcional que *“(…) el usuario semifuncional en el desempeño de las actividades básicas cotidianas y semifuncional en actividades de la vida diaria de tipo traslado y desplazamientos. Rol laboral interrumpido*” (fl. 182, cdno 1); además, que el tratamiento al que se encuentra la demandante consiste en diálisis 3 veces a la semana, situación que permite inferir su limitación física para ejercer actividad como independiente.

Lo dicho se confirma con la declaración de extra proceso de fecha 27-10-2016 en la que la actora informó que su ocupación era ama de casa (fl. 94, cdno 1); y las incapacidades médicas generadas desde el 22-05-2015 a 19-01-2016 (fls. 83, cdno 1) y para los meses de junio y julio de este último año (fls. 110 y 111, cdno 1).

Ahora, si bien en el dictamen se consignó “*(…) aceptables condiciones generales, ingresa sola, consciente, orientada, euproséxica, afecto normal, coherente, pensamiento lógico, sin alteraciones en memoria”* (fl. 135, cdno 1) ello hace referencia es a la descripción de signos vitales que en el momento de la valoración percibió el médico laboralista, sin que esa circunstancia permita evidenciar que la actora se encuentra en condiciones plenas para desplegar su fuerza de trabajo; máxime que en el mismo documento se dispuso que la paciente refiere dolor de miembros inferiores teniendo una cirugía de fístula en su brazo izquierdo.

Aspectos que denotan que el pago de las cotizaciones no se originó en esa fuerza laboral residual que se invoca en la jurisprudencia, como presupuesto indispensable para despuntar el hito inicial de contabilización de semanas con el propósito de obtener la subvención de invalidez.

Así las cosas es inaplicable la jurisprudencia citada por la parte demandante y que permite el cambio de la fecha a partir de la cual pueden contabilizarse las semanas necesarias para encontrar satisfecha la densidad de cotizaciones exigidas para causar la pensión de invalidez y, en consecuencia, no queda otro camino que contabilizar la misma desde el 15-07-2014 hacia atrás, sin que se reúna en ese periodo las semanas exigidas para causar la pensión de invalidez, como ya se dijo.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar absolver de todas las pretensiones de la demanda a Protección S.A.

Costas en ambas instancia a cargo de la demandante y a favor de la entidad accionada, conforme lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 16-07-2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, para en su lugar **ABSOLVER** de todas las pretensiones de la demanda a **Protección S.A.** dentro del proceso propuesto por la señora **Falia Lenny Restrepo Giraldo,** por lo expuesto.

**SEGUNDO: CONDENAR en costas** en ambas instancias a la demandante y a favor de la entidad demandada, por lo expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  **ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrado Magistrada

 Salva voto

Providencia: Sentencia del 20 de septiembre de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00500-01

Proceso : Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante: Falia Lenny Restrepo Giraldo

Demandado: Protección S.A.

Juzgado: Tercero Laboral del Circuito

Magistrada que salva voto: Ana Lucia Caicedo Calderón

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto y como quiera que mi proyecto de ponencia fue derrotado por el voto mayoritario de la Sala, mi salvamento de voto se edifica sobre lo que en su oportunidad propuse respecto al caso en cuestión, cuyos argumentos fueron los siguientes:

**Del ámbito de protección de las personas en condición de discapacidad. Precedente jurisprudencial.**

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común, el sistema general de pensiones consagró el reconocimiento de la pensión de invalidez para aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a saber, *(i)* ser una persona con invalidez, es decir, sufrir una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) y *(ii)* haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Antes de la modificación introducida por la ley 860 de 2003, el requisito minino de tiempo cotizado era de veintiséis (26) semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

El artículo 3° del Decreto 1507 de 2014, señala que el momento de estructuración de la invalidez de una persona es “*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”.*

Las entidades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral, por regla general han aplicado la norma anterior en forma restrictiva haciendo coincidir el hecho incapacitante que puede ser una enfermedad o un accidente de origen común o profesional, con la falta de capacidad laboral, y en la práctica judicial se ha tomado esa fecha como hito no solo para establecer el cumplimiento del número de semanas cotizadas hasta ese momento sino también para reconocer la pensión de invalidez a partir de esa fecha.

No obstante, la realidad ha mostrado en varios eventos que la falta de capacidad laboral no siempre coincide con el hecho invalidante y eso ha obligado a los jueces y juezas laborales a considerar, con cierta reticencia, como punto de partida, la fecha de la calificación de la falta de capacidad laboral. Pero aunque esa posibilidad, que además la contempla la propia norma, es mucho más laxa y ha cobijado positivamente a un grupo considerable de personas en estado de invalidez, sigue dejando desprotegidos a otros segmentos de personas discapacitadas cuyo estado invalidante se produjo por ejemplo desde el nacimiento, o a aquellas que padecen una enfermedad crónica, degenerativa y progresiva; personas a las cuales la aplicación literal de la norma en comento en muchas ocasiones terminaba violando sus derechos fundamentales, máxime cuando pese al estado invalidante continuaron trabajando y cotizaron al sistema ora como trabajadores dependientes, ora como trabajadores independientes, y no obstante ello se les negaba el derecho bajo el argumento de no haber cotizado el número de semanas legales antes de la estructuración de la invalidez.

Atendiendo esa realidad la Corte Constitucional ha dado pasos enormes con una interpretación inclusiva de la norma a través de sentencias de tutela a saber:

En la sentencia T-483 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, se tutelaron los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social de una persona con retraso mental grave congénito a la que Colpensiones 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 tenía ninguna semana cotizada al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la fecha de estructuración. En esa sentencia se indicó “*que las personas cuya pérdida de la capacidad laboral es producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez se fije en relación con el momento en que se pierde efectivamente la capacidad laboral, en tanto se trata de enfermedades cuyos efectos se manifiestan de forma progresiva, por lo que la capacidad para trabajar va perdiéndose poco a poco. Entendiendo la pérdida de capacidad como la incapacidad de seguir ofreciendo la fuerza de trabajo en el mercado laboral, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse autónomamente un sustento económico, así como de continuar efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social”*.

En el caso analizado por la Corte se reparó en el hecho de que con frecuencia ocurre que se niega el reconocimiento de una pensión por invalidez, cuando está más que demostrado que el interesado pudo cotizar a pensiones hasta más allá de la fecha de estructuración de la invalidez, muy a pesar de una supuesta condición incapacitante pues las Juntas de Calificación de Invalidez generalmente apelan a la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en que el afiliado sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema.

Esta providencia recorre el mismo camino que ya de vieja data se había trazado en las sentencias T-561/10, T-671/11, T-427/12, entre otras, en especial en esta última, donde se tomó la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, para fijar el día en que se estructuró la invalidez, y se consideró que la estructuración tenía lugar al momento en que la discapacidad se convirtió en invalidez, pues se infirió que fueron las barreras sociales las que impidieron que el actor siguiera trabajando. En todas ellas se hizo referencia a la *ratio decidendi* que bien se resume en la sentencia T-070 de 2014, cuando se dijo que “*la fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada (a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar”*.

En esa misma sentencia T-427 de 2012, donde se decidió situar la estructuración de la invalidez en fecha coetánea al último aporte al Sistema General de Pensiones realizado por el accionante, la Corte consideró que la medida era *(i)* necesaria porque, de no hacerla, “*se le estaría negando a una persona con discapacidad su derecho a la pensión de invalidez por razones derivadas de su diversidad funcional”*; *(ii)* adecuada, porque incluía “*en la interpretación de esas normas las concepciones sobre la discapacidad que actualmente acepta el derecho internacional de los derechos humanos”*; y *(iii) que no imponía una carga desproporcionada, porque en ese caso estaba acreditado que el actor había cumplido con su obligación de afiliarse y aportar al sistema cuando la sociedad le brindó la oportunidad de trabajar, y porque el reconocimiento de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional no podía considerarse como una carga al sistema.*

La Corte Constitucional, en los precedentes anteriores, acudió a lo que en los estándares internacionales se denomina “ajustes razonables” entendidos, de conformidad con el artículo 2º de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, como aquellas 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 los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. A su vez, en esa misma convención se estipuló que de no aplicarse esa acción afirmativa, el Estado incurriría en una conducta discriminatoria denominada como “*denegación de ajustes razonables”.*

**CASO CONCRETO**

Si al momento de vinculación al sistema, el afiliado se inscribe como trabajador independiente y efectúa sus aportes bajo dicha calidad, ha de presumirse que sus cotizaciones provienen de los ingresos generados a partir del desarrollo de una actividad productiva, pues el operador judicial no pude basar sus juicios en ideas preconcebidas contras las personas en situación de discapacidad, de quienes equivocadamente se piensa que no son productivos o que no pueden ocuparse de tareas que si pueden desarrollar quienes cuentan con plenitud de capacidad física.

Resulta abiertamente discriminatorio exigirle al afiliado con limitaciones de salud pruebas de que los ingresos que destina al pago de sus aportes pensionales como trabajador(a) independiente provienen del desarrollo de una actividad económica en particular, pues esta no es una exigencia que se le haga al resto de afiliados que cotizan al sistema bajo dicha calidad y que pretenden acceder, por ejemplo, a la pensión de vejez o de muerte.

Los prejuicios acerca de la productividad de las personas en situación de discapacidad han llevado a su exclusión del mercado laboral y es por eso que han tenido que ocuparse en actividades informales o semi-formales, valiéndose del trabajo individual y de la iniciativa privada ante las barreras sociales y culturales que les impide acceder a las oportunidades de empleo en el sector privado.

El presente asunto trata de una mujer con falla renal terminal, en proceso de diálisis desde el año 2006, y que se sometió a un fallido trasplante de riñón en 2014, lo que la obligó a reanudar el proceso de hemodiálisis en estadio 5, con tres sesiones semanales.

Se observa en su calificación de invalidez (Fl. 21) que la actividad económica reportada por la afiliada fue la de “manipulación de alimentos” y que informó igualmente que se dedicaba a las ventas desde hacía 2 años, que vivía en una casa familiar junto a su mamá y su hijo, y que dependía económicamente de ella misma. Además es descrita por el médico calificador como una mujer en aceptables condiciones física generales, que ingresa a consulta por sus propios medios, consiente, orientada, euproséxica, afecto normal, coherente, pensamiento lógico, sin alteraciones en memoria.

Este documento no mereció reproche alguno por parte de PORVENIR y con base en el principio de buena fe merece total credibilidad ante la justicia. Por otra parte, las reglas de la experiencia enseñan que las personas que se someten a diálisis conservan una capacidad laboral residual que les permite seguir en el mercado laboral, como ha ocurrido con funcionarios de la Rama Judicial, verbigracia, el Dr. William Cano, quien a pesar de someterse a diálisis varias veces a la semana continuó trabajando como juez hasta que se le calificó con una pérdida de capacidad laboral del 50%.

Volviendo al caso subjudice, se advierte igualmente que la vida productiva de la actora inició en 2002, cuando trabajaba para el patronal denominado “de la pava y Cía. S.C.A.” (Fl. 21) en la que estuvo vinculada hasta marzo de 2003 y que reanudó el pago de sus cotizaciones, ya como trabajadora independiente, a finales del año 2014, en fecha posterior a la cirugía de trasplante, y que ha venido cotizando de manera continua e ininterrumpida hasta junio de 2018, según la más reciente historia laboral aportada al proceso.

De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que la enfermedad invalidante de la actora no solo tiene carácter crónico sino degenerativo, pues pasó en cuestión de 10 años de estadio 3 a 5 en su falla renal, tal como se evidencia con su historia clínica, considero que había razones de peso para confirmarse el fallo apelado, como quiera que en estos casos la fecha de estructuración puede coincidir con la de la última cotización al sistema, como se decidió en primera instancia.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. CSJ SL9203-2017, SL 16374-2015, reiteradas en la SL 11229 del 25/07/2017, página 10 “*(…)* *Asimismo, es criterio pacífico y reiterado de la Sala, que no se puede pretender el aseguramiento de la invalidez después de ocurrido su acaecimiento (…)”.* [↑](#footnote-ref-1)