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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 21 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Revoca decisión del a quo y niega amparo

Radicación Nro. : 66001-31-09-001-2017-00071-01

Accionante: IVÁN ECHEVERRY CADAVID

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: MODIFICACIÓN DE LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ / INSUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACCEDER AL AMPARO.** [D]e forma posterior al dictamen de pérdida de capacidad laboral donde se determinó la invalidez del señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID, él no realizó ninguna cotización, ya que la última vez que realizó aportes fue el 30 de septiembre de 2011, fecha para la cual supuestamente se encontraba en incapacidad de continuar trabajando, y por eso dejó de hacerlo; infortunadamente no refleja lo mismo el dictamen realizado previamente por la misma Junta, pues mírese que en el año 2013 había sido valorado, y se encontró que su pérdida de capacidad laboral era del 39.64%, es decir que para ese momento aún no se encontraba en condición de invalidez, y además, revisada la estructuración de aquella, se tiene que la misma fue en el año 2012, que tampoco coincide con la fecha en la cual alude el accionante que quedó imposibilitado para continuar trabajando. Así las cosas, no se puede partir de los argumentos expuestos por el abogado accionante para acceder a la protección constitucional reclamada, puesto que del material probatorio que obra en el expediente no se puede establecer a ciencia cierta que para el momento en que el señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID realizó su última cotización se encontrara imposibilitado para laborar, no obstante, tiene a su alcance los mecanismos contemplados para ello en la vía ordinaria, donde con la intervención del Juez natural que sería uno especializado en temas laborales, y con el debido soporte probatorio, y análisis profundo y concienzudo del caso se pueda dirimir el asunto. De acuerdo a lo dicho hasta ahora, la Colegiatura revocará la decisión revisada, para en su lugar negar la solicitud de amparo invocada.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 3:20

Aprobado por Acta No. 989

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-09-001-2017-00071-01 |
| **Accionante:**  | Dr. César Augusto Agudelo Salazar, apoderado judicial de Iván Echeverry Cadavid.  |
| **Accionado:** | Colpensiones  |
| **Procedencia:** | Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira |
| **Decisión:** | Revoca y niega  |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, en contra de la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 14 de agosto de 2017, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social del señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID.

**ANTECEDENTES:**

El abogado CÉSAR AUGUSTO AGUDELO SALAZAR, actuando como apoderado judicial del señor IVÁN ECVEHERRY CADAVID, instauró acción de tutela en contra de COLPENSIONES, entidad a la cual acusó de vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital, la igualdad, la seguridad social y la dignidad humana de su prohijado, al negarse a concederle el reconocimiento de una pensión de invalidez, lo cual sustentó bajo los siguientes argumentos:

* El señor ECHEVERRY CADAVID padece desde algún tiempo diversos problemas de salud, consistentes en *“OSTEOARTRITIS PRIMARIA GENERALIZADA, CERVICALGIA, DISMINUCIÓN DE LA AGUDEZA VISUAL, DOLOR CRÓNICO INTRATABLE, HIPERPLASIA DE LA PROSTATA, HIPERTENSION ARTERIAL, LUMBAGO, QUERATOSIS ACTIMICA, SINDROME DE ABDUCCION DOLOROSA DEL HOMBRO, SINDROME POSTLAMINECTOMIA Y TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE”.*
* En atención a dichas patologías, inició el respectivo proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante COLPENSIONES, el cual finalizó con dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, mediante el cual determinó que su porcentaje de invalidez era del 67.65%, con una fecha de estructuración del 10 de noviembre de 2015, por concepto de enfermedad de origen común.
* De acuerdo a lo anterior, elevó la respectiva solicitud pensional por invalidez ante COLPENSIONES, la cual fue atendida de manera desfavorable mediante Resolución SUB 35153 del 19 de abril de 2017, bajo el argumento de que el señor IVÁN no acreditaba semanas cotizadas en el período comprendido entre el 10 de noviembre de 2012 y 10 de noviembre de 2015.
* No obstante, el señor ECHEVERRY CADAVID acredita un total de 560 semanas cotizadas hasta la fecha de su último aporte, esto es el 30 de septiembre de 2011, momento en el cual perdió su capacidad física para emplearse y continuar cotizando al SGSS; lo cual considera injusto su apoderado, puesto que, de acuerdo al criterio de la H. Corte Constitucional –T-143 de 2013-, en casos como el de su representado, se debe presumir como fecha de estructuración de la invalidez, el momento en el cual realiza su última cotización al sistema.
* Además, aunque la fecha de estructuración fijada por la Junta Regional es del 10 de noviembre de 2015, debe servir como sustento que, en una valoración previa, esa misma Junta dictaminó el 23 de agosto de 2013 que tenía una pérdida de capacidad laboral del 39.64%, estructurado el 19 de septiembre de 2012.
* En ese sentido, presentó recurso de reposición en contra de la decisión que le negó la pensión de invalidez, solicitando en aquella oportunidad que se le tomara como fecha de estructuración de la misma la fecha de su última cotización, pero su pretensión tampoco prosperó esa vez.

De acuerdo a los hechos relacionados en precedencia, expuso que la misma es procedente por cuanto el señor ECHEVERRY CADAVID es un sujeto de especial protección constitucional dado su estado de invalidez, y además por su avanzada edad (70 años), aunado a ello, se ha visto involucrado su mínimo vital ante su imposibilidad de trabajar, que no le permite esperar los resultados de un proceso ordinario, y por lo tanto, hace que el mismo no resulte idóneo ni eficaz.

Así las cosas, solicitó que se amparen los derechos fundamentales invocados como transgredidos, y en consecuencia de ello, se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar en favor del señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID la pensión de vejez a la cual considera tiene derecho, a partir del 30 de septiembre de 2011.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el día 1º de agosto del año que transcurre, y ordenó correr traslado de la demanda a COLPENSIONES para que se pronunciara frente al asunto.

Finalmente, al realizar el estudio de la situación fáctica planteada decidió mediante fallo del 14 de agosto conceder la solicitud de amparo invocada, y por ende, le ordenó al mencionado fondo pensional que profiriera un nuevo acto administrativo, por medio del cual se resolviera la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, teniendo como fecha de estructuración el día en que realizó el último aporte al SGSS, es decir, el 30 de septiembre de 2011.

El Juez cognoscente tomó en cuenta para su decisión que el titular de los derechos invocados es un sujeto de especial protección constitucional, dada su avanzada edad y su evidente estado de invalidez, circunstancias que le impiden desarrollar una vida laboral para prodigarse su sustento diario; además, a criterio del A quo, se cumplen los requisitos jurisprudenciales del Órgano de Cierre en esa jurisdicción, para tener en cuenta como fecha de estructuración de su invalidez la misma en la cual dejó de realizar aportes al SGSS, utilizando como base de esa teoría la Sentencia T – 194 de 2016.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

El 17 de agosto del año que transcurre, el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, presentó un oficio mediante el cual impugnó la decisión de primera instancia, dicho escrito no fue sustentado con ningún argumento adicional, sin embargo, la entidad hizo la salvedad de la teoría de la Corte Constitucional, según la cual no es necesario sustentar la impugnación de los fallos de tutela (Auto 033 de 2000). Bajo esos argumentos, pidió que se revoque la decisión de primer nivel.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

En el presente asunto le corresponde a la Corporación determinar si la decisión de primer nivel estuvo acertada en el sentido de conceder el amparo de los derechos fundamentales reclamados por el apoderado judicial del señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID, modificando la fecha de estructuración que debe ser tenida en cuenta para efectos de verificar si cumple con los requisitos para pensionarse por invalidez.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares (de manera excepcional), lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

Sobre la procedencia de la acción de tutela:

Para entrar a analizar el problema jurídico planteado hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

Sobre el asunto, el Órgano de cierre constitucional de manera reiterada ha indicado que, *“por regla general, el reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela no es procedente, en tanto la verificación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para acceder a este tipo de prestaciones económicas corresponde a otros escenarios, administrativos o judiciales, en los que se debe surtir un debate de tal naturaleza (…)*”; sin embargo, tratándose de casos en los que se evidencia que tales vías no conducen a un eficaz y oportuno amparo de los derechos fundamentales de quienes pretenden un reconocimiento pensional, esa Corporación ha sostenido que *“… en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,* ***(iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.”[[1]](#footnote-1)***

No queda duda en este punto al respecto de la calidad de sujeto de especial protección constitucional que ostenta el señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID, ello teniendo en cuenta las múltiples enfermedades que padece, y por tratarse de una persona inválida, como así fue afirmado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, mediante la calificación de invalidez que se le realizó.

Partiendo de lo dicho anteriormente, a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, la acción de tutela se torna procedente para realizar el estudio de la situación planteada por el apoderado judicial del señor IVÁN, pues su condición especial hace que someterlo a la espera de un proceso ordinario le pueda causar un perjuicio irremediable. Zanjada esta inquietud se procederá a estudiar los argumentos esgrimidos por su apoderado, para sustentar la posibilidad de realizar por vía judicial una modificación a la fecha de estructuración de la invalidez que dictaminó la Junta calificadora.

El accionante fundamenta su solicitud en que las enfermedades que padece su representado hacen parte de aquellas catalogadas como degenerativas, y que precisamente con ocasión de los síntomas que tempranamente iniciaron, desde el año 2011 se vio imposibilitado para continuar laborando, lo que trajo consigo la consecuencia de no continuar con sus aportes al SGSS, circunstancia que permite, según el actor, trasladarnos a la teoría que al respecto ha decantado la H. Corte Constitucional, en cuanto ha contemplado la posibilidad de modificar por vía judicial, bien sea en sede ordinaria, o por medio de acción de tutela, en los eventos que así lo amerite el caso concreto, la fecha de estructuración de la enfermedad que conllevó a la pérdida de capacidad laboral por una diferente a la que dictaminó el calificador, flexibilizando así las condiciones para poder pensionarse por invalidez. De esta manera, es viable, de acuerdo al precedente jurisprudencial constitucional, tener en cuenta como fecha diversa de estructuración aquella en la cual se haya efectuado la última cotización al SGSS.

El anterior análisis es el que de acuerdo a su escrito pretendió el libelista que se aplicara en el caso de su representado, y para ello, trajo a colación la Sentencia T-143 de 2013, de la cual citó los apartes que consideró pertinentes; no obstante, será a partir de este punto donde la Sala se apartará de los argumentos considerados por el Juez de primer nivel, como pasa a explicarse:

De acuerdo a la sentencia constitucional previamente citada, es posible desde una interpretación concordante con los postulados del Estado Social de Derecho, y de la dignidad humana, dar una aplicación más favorable a la noción que sobre la invalidez dan las normas aplicables al caso, y de esta manera, considerar que dicho estado tiene su origen cuando surge una pérdida de capacidad laboral definitiva o permanente, y así, tomar como fecha de estructuración, cuando la enfermedad originaria es degenerativa o congénita, aquella en la cual se efectúa la última cotización, presumiendo que es en ese momento cuando se adquiere en realidad el estado de invalidez, sin embargo, tal análisis hace referencia de forma concreta a los casos en los que se logra evidenciar que aún a pesar de haber adquirido, según el dictamen, el menoscabo en la capacidad para trabajar, la persona pudo continuar vinculada laboralmente y corolario de ello, hacer cotizaciones al SGSS.

El anterior panorama obligaría a la administradora de pensiones, al momento de analizar si el afiliado cumple con los requisitos para pensionarse por invalidez, contar las 50 semanas que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1° de la Ley 860 de 2003, desde el momento en que efectuó la última cotización hacia atrás, ello por cuanto *“Ceñirse, de manera exclusiva, a verificar el pago de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, cuando la persona siguió trabajando y cotizando al sistema de seguridad social, es reducir la actividad judicial a un mero trámite administrativo […]”.*

Así mismo, de la jurisprudencia en la cual basó el Juez Cognoscente su decisión (T-194 de 2016), inclusive en el aparte del que hizo cita, se entrevé que la teoría no es distinta a la expuesta atrás:

 *“2.4.4. La jurisprudencia constitucional ha advertido que la fecha de estructuración de invalidez de carácter permanente y definitivo se fija según se haya causado de manera instantánea o paulatinamente. En el segundo caso,* ***los dictámenes de invalidez establecen una fecha retroactiva de estructuración, sin que esto signifique que para ese momento la persona estuviera en la imposibilidad de trabajar.*** *Este Tribunal Constitucional lo explicó en Sentencia T-885 de 2011[18] en los siguientes términos:*

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

*En ese orden de ideas, se tiene que, cuando la invalidez ocurre de manera instantánea se debe tener por fecha de estructuración el momento del accidente o enfermedad que la origine. De otro lado, cuando se trata de una invalidez causada por un padecimiento paulatino o por una enfermedad degenerativa, la fecha de estructuración debe ser aquella en la que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impiden que la persona desarrolle cualquier actividad laboral y continúe* ***cotizando y no la señalada retroactivamente en la calificación****, pues sólo indica cuando se presentaron los primeros síntomas. En este orden de ideas, es preciso traer a colación la jurisprudencia de esta Corporación donde se ha explicado que el estado de invalidez de quien padece una enfermedad degenerativa se materializa en el momento en que no puede continuar trabajando[19].*

*2.4.5. El problema jurídico relevante surge cuando el dictamen técnico elaborado por la Junta de Calificación de Invalidez o demás entidades señaladas en la ley, no corresponde a la situación médica real de la persona.* ***Esta situación se presenta cuando la autoridad competente establece una fecha de estructuración en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional y por tanto sigue aportando al sistema. Tal evento cobija a las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas.”***

Partiendo de lo anterior, surge evidente que no estamos en el presente asunto bajo las mismas circunstancias fácticas expuestas, pues de forma posterior al dictamen de pérdida de capacidad laboral donde se determinó la invalidez del señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID, él no realizó ninguna cotización, ya que la última vez que realizó aportes fue el 30 de septiembre de 2011, fecha para la cual supuestamente se encontraba en incapacidad de continuar trabajando, y por eso dejó de hacerlo; infortunadamente no refleja lo mismo el dictamen realizado previamente por la misma Junta, pues mírese que en el año 2013 había sido valorado, y se encontró que su pérdida de capacidad laboral era del 39.64%, es decir que para ese momento aún no se encontraba en condición de invalidez, y además, revisada la estructuración de aquella, se tiene que la misma fue en el año 2012, que tampoco coincide con la fecha en la cual alude el accionante que quedó imposibilitado para continuar trabajando.

Así las cosas, no se puede partir de los argumentos expuestos por el abogado accionante para acceder a la protección constitucional reclamada, puesto que del material probatorio que obra en el expediente no se puede establecer a ciencia cierta que para el momento en que el señor IVÁN ECHEVERRY CADAVID realizó su última cotización se encontrara imposibilitado para laborar, no obstante, tiene a su alcance los mecanismos contemplados para ello en la vía ordinaria, donde con la intervención del Juez natural que sería uno especializado en temas laborales, y con el debido soporte probatorio, y análisis profundo y concienzudo del caso se pueda dirimir el asunto.

De acuerdo a lo dicho hasta ahora, la Colegiatura revocará la decisión revisada, para en su lugar negar la solicitud de amparo invocada.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad el 14 de agosto de 2017, y en su lugar **NEGAR** la acción de tutela instaurada por el señor **IVÁN ECHEVERRY CADAVID.**

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Sentencia T-406 de 2005 [↑](#footnote-ref-1)